الكافي في شرح الوافي

للإمام شيخ الإسلام
العلامة أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود
حافظ الدين النسفي
المتوفى سنة ٧١٠ هـ
رحمه الله تعالى

معلمة فقهية أصولية أثرية، تنشر لأول مرة، وهي كالشرح على الهداية للمرغيناني، مع العناية بخلاف الإمامين مالك والشافعي رحمهما الله تعالى ومناقشة مذهبيهما

وبحاشيته التعليق المسمى

الشافي الحنفي على كافي النسفي

حققه وعلق عليه
سراج الدين عمر أحمد قباوة

المجلد السادس

من كتاب اللقيط ... إلى كتاب الصرف

دار المنهاج القويم
علم ينتفع به

٦

الكافي في شرح الوافي

بسم الله الرحمن الرحيم

الطَّبعَةُ الأُولى
١٤٤٥هـ-٢٠٢٤م
جميع الحقوق محفوظة

دار المنهاج القويم للنشر والتوزيع

الجمهورية العربية السورية
دمشق - حلبوني - جادة ابن سينا - بناء الشلاح
هاتف : 2235402 - فاكس : 2242340 - ص.ب : 31446
جوال :00963944272501 - العلاقات العامة : 00963947320948
Email : darminhagkawem@hotmail.com
Email : darminhagkawem@gmail.com

ISBN : 978-9933-609-92-4

كِتَابُ اللَّقِيطِ

[illegible]

كِتابُ اللَّقيطِ

كِتابُ اللَّقيطِ

هو في اللُّغة: ما يُلقَطُ، أي يُرفَعُ من الأَرض، فَعيلٌ بمَعنى مَفعولٍ، ثم غَلَب على الصَّبيِّ الْمَنبوذِ؛ لأنه على عَرَض أن يُلقَطَ، وهو من باب وصفِ الشَّيءِ بالصِّفة الْمُشارِفةِ[1]، مِثلُ: «من قَتَل قَتيلًا فله سَلَبُه»[2].

وفي الشَّريعة: اسمٌ لِمَولودٍ طَرَحه أهلُه خوفًا من العَيلة، أو فِرارًا من تُهَمة الرِّيبةِ[3].

مُضيِّعُه آثِمٌ، ومُحرِزُه غانِمٌ؛ لِما في إِحرازه من إِحياء النَّفسِ، فإنه على شَرَف الهَلاكِ، وإحياءُ الحيِّ بدَفع سببِ الهَلاكِ عنه، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًاۚ﴾ [المائدة: ٣٢].

ولهذا كان رفعُه أفضلَ من تَركه؛ لِما في تَركه من تَركِ التَّرحُّمِ على الصِّغار، وقد قال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من لم يَرحَم صَغيرَنا، ولم يُوقِّر كَبيرَنا.. فليس مِنّا»[4].

وفي رَفعه إظهارُ الشَّفَقةِ على الأَطفال، وهو من أفضَل الأعمالِ، فلذا نُدِب التِقاطُ اللَّقيطِ، ووَجَب إن غَلَب على ظنِّه ضَياعُه.

---

(١) في (ب): المشاركة، وفي (ج): المقاربة.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) في (أ) و(ب) و(د): الزينة، والمثبت من (ج) و(هـ).

(٤) تقدم تخريجه.

اللَّقِيطُ حُرٌّ.

وهو حُرٌّ باعتِبار الأصلِ، فالنّاسُ أولادُ آدمَ وحوّاءَ عَلَيْهِمَاالسَّلَامُ، وكانا حُرَّين، فيُتمسَّكُ بهذا الأصلِ ما لم يَثبُت غيرُه.

ولأن الدّارَ دارُ الأحرارِ، فمن كان فيها يَكونُ حُرًّا باعتِبار الظّاهرِ.

ولأن الغالِبَ فيمن يَسكُنُ دارَ الإسلامِ الأحرارُ، والعِبرةُ للغالِب.

ونَفَقتُه في بَيت المالِ.

ونَفَقتُه في بَيت المالِ؛ لِما رُوِي أن رَجُلًا قال: وَجَدتُ مَنبوذًا على بابِي، فأتيتُ به عمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ، فقال عمرُ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: عسى الغُوَيرُ أبؤُسًا، هو حُرٌّ، ونَفَقتُه علينا[1].

ورُوِي أن عليًّا رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ فَرَض له النَّفَقةَ من بَيت المالِ[2].

---

(١) روى البخاري تعليقًا ٣/ ١٧٦: قال أبو جميلة: وجدت منبوذًا فلما رآني عمر قال: عسى الغوير أبؤسًا، كأنه يتهمني، قال عريفي: إنه رجل صالح، قال: كذاك، اذهب وعلينا نفقته.

وروى عبد الرزاق (١٣٨٣٨) والطبراني (٦٤٩٨) عن الزهري: أن رجلًا جاء إلى أهله، وقد التقط منبوذًا، فذهب إلى عمر رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ فذكره له، فقال عمر: عسى الغوير أبؤسًا، فقال الرجل: ما التقط إلا وأنا غائب، وسأل عنه عمر رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ، فأثني عليه خيرًا، فقال له عمر رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: فولاؤه لك، ونفقته علينا من بيت المال.

وفي «إرشاد الساري» ٤/ ٣٩٩: عسى الغوير أن يكون أبؤسًا: وهو مثل مشهور يقال فيما ظاهره السلامة ويخشى منه العطب، وأصله كما قال الأصمعي: أن ناسًا دخلوا يبيتون في غار، فانهار عليهم فقتلهم، وقيل: أول من تكلم به الزبّاء -بفتح الزاي وتشديد الموحدة ممدودًا- لما عدل قصير بالأحمال عن الطريق المألوفة وأخذ على الغوير أبؤسًا، أي عساه أن يأتي بالبأس والشر، وأراد عمر بالمثل: لعلك زنيت بأمه وادّعيته لقيطًا، قاله ابن الأثير.

(٢) روى عبد الرزاق (١٣٨٤١) عن الثوري عن زهير بن أبي ثابت عن ذهل بن أوس عن تميم: =

ولأنه عاجِزٌ عن الكَسب، مُحتاجٌ إلى النَّفَقة، ولا مالَ له ولا قَريبَ، ومالُ بيتِ المالِ مُعَدٌّ للصَّرف إلى الْمُحتاجِين، وصار كالْمُقعَد الذي لا مالَ له.

ولأنه لو مات وتَرَكَ مالًا كان مالُه مَصروفًا إلى بَيت المالِ مِيراثًا للمُسلِمين، فتكونُ نَفَقتُه عليهم؛ لأن الغُنمَ مُقابَلٌ بالغُرْم، ولهذا كان عقلُ جِنايتِه على بَيت المالِ.

فإن أنفَق عليه الْمُلتقِطُ فهو مُتطوِّعٌ؛ لأنه أنفَق عليه بغَير أمرِ من هو بسَبيلٍ منه، فلا يَرجِعُ بها على اللَّقيط إذا كَبِر.

فإنْ أمَره القاضِي أن يُنفِقَ عليه على أن يَكونَ ذلك دَينًا عليه: فهو جائزٌ، ويصير دَينًا عليه؛ لأن للقاضِي وِلايةً عليه، فصار أمرُ القاضِي كأَمره بنَفسه لو كان من أَهل الأمرِ.

هذا إذا أمَره بالإنفاق ليَرجِعَ عليه، فإن أمَره بالإنفاق فقط.. قِيل: يَرجِعُ؛ لِما بَيَّنَّا، **والأصَحُّ** أن لا يَرجِعَ؛ لأن مُطلَقَه يَحتمِلُ الحِسبةَ والاستِدانةَ عليه، فلا يَرجِعُ عليه بالشَّكِّ.

ولا يَأخُذُه مِن الْمُلتقِط أحَدٌ.

فإن التَقَطه رَجُلٌ لا يَأخُذُه من الْمُلتقِط[1] أحدٌ؛ لأن يدَه سَبقَت إليه، فكان أَحَقَّ بحِفظه.

وثَبَت نَسَبُه من واحِدٍ واثنَين، إلا أن يَصِفَ أحَدُهما عَلامةً به.

وإن ادَّعى مُدَّعٍ أنه ابنُه: ثَبَت نسَبُه منه استِحسانًا، مَعناه: إذا لم يَدَّعِ الْمُلتقِطُ نسَبَه.

والقِياسُ: أن لا يَثبُتَ نسَبُه منه؛ لأن قصْدَه بهذه الدَّعوةِ أخذُه من الْمُلتقِط، وحقُّ الحِفظِ ثَبَت له على وجهٍ ليس لغَيره أن يَأخُذَه منه، فلا يُقبَلُ مُجرَّدُ دَعواه في إبطال الحقِّ

= أنه وجد لقيطًا، فأتى به إلى علي، فألحقه علي على مائة.

(١) في (ج): فإن التقطه رجل لم يكن لغيره أن يأخذه من الملتقط.

الثَّابتِ له.

وجهُ الاستِحسانِ: أن اللَّقيطَ مُحتاجٌ إلى النَّسَب، فهو في الحَقيقة إقرارٌ له بما يَنفَعُه؛ لأنه يَتشرَّفُ به ويَندفِعُ العارُ عنه، والمُلتقِطُ لا يُنازِعُه فيه، فصَحَّت دِعوتُه؛ لِمُصادَفتها محلَّها، ولا مُنازِعَ له فيها.

ثم من ضَرورة ثُبوتِ النَّسَبِ أن يَكونَ أحَقَّ بحِفظ ولَدِه من أجنَبيٍّ، ويَجوزُ أن يَثبُتَ الشَّيءُ ضِمنًا ولا يَثبُتَ قصدًا، كما يَثبُتُ الإرثُ بشَهادة القابِلةِ على الوِلادة حُكمًا، وإن لم يَثبُت المالُ بشَهادتها قصدًا.

بخِلاف ما إذا قَصَد أخْذَ اللَّقيطِ من يَد المُلتقِطِ؛ لأنه يُنازِعُه في عَين[1] ما باشَره، فترَجَّح الأوَّلُ بالسَّبْق.

وقِيل: يَصِحُّ في حقِّ النَّسَبِ دونَ إبطالِ يدِ المُلتقِطِ.

ولو ادَّعاه المُلتقِطُ.. قِيل: يَصِحُّ قِياسًا واستِحسانًا؛ لأنه ادَّعى شيئًا هو في يَده، ولا مُنازِعَ له، ولا تَبطُلُ به يدُ أحدٍ، بخِلاف غيرِه؛ لأنه ادَّعى شيئًا في يَد غيرِه، وله مُنازِعٌ، وفيه إبطالُ حقِّ المُلتقِطِ، وهو حقُّ الإمساكِ.

والأصَحُّ أنه على القِياس والاستِحسانِ كالأوَّل[2]، إلا أن هذا قِياسٌ آخرُ سِوى الأوَّلِ.

وجهُ القِياسِ: أنه مُتناقِضٌ في كَلامه؛ لأنه زَعَم أنه لَقيطٌ في يَده، وابنُه لا يَكونُ لَقيطًا في يَده.

وجهُ الاستِحسانِ: أنه يَلتزِمُ حِفظَه ونَفَقتَه بهذا الإقرارِ، وهذا الالتِزامُ يُصرَفُ منه

(١) في (ج) و(د): غير.

(٢) مثبتة من (هـ).

على نَفسه، وله هذه الوِلايةُ، والتَّناقُضُ لا يَمنَعُ دَعوى النَّسَبِ، كما إذا أكذَب الْمُلاعِنُ نفسَه؛ وهذا لأن سببَه خفيٌّ، فربما يَشتبِهُ عليه الأمرُ في الابتِداء فيَظُنُّ أنه لَقيطٌ، ثم يَظهَرُ له أنه ولَدُه.

وإن ادَّعاه اثنانِ فهو ابنُهما؛ لأنهما استَويا في السَّبَب، وهو الدِّعوةُ.

إلا أن يَصِفَ أحَدُهما عَلامةً في جَسَده، فهو أَولى به؛ لأن الظّاهرَ يَشهَدُ له؛ إذ العَلامةُ وافقت كَلامَه، وهي أصلٌ في الشَّريعة، قال اللهُ تَعالى: ﴿تَعۡرِفُهُم بِسِيمَٰهُمۡ﴾ [البَقَرَة: ٢٧٣].

وكذا لو سَبَقت دِعوةُ أحَدِهما فهو ابنُه؛ لثُبوت حقِّه في وقتٍ لا مُنازِعَ له فيه، إلا إذا أَقام الآخَرُ البيِّنَةَ؛ لتَرجُّح دَعواه بالبيِّنة.

وذِمِّيٍّ(١)، وهو مُسلِمٌ إن لم يكن في مَكان أهلِ الذِّمَّةِ.

ويَثبُتُ نسَبُه من ذِمِّيٍّ، وهو مُسلِمٌ إن لم يكن في مَكان أهلِ الذِّمَّةِ.

اعلَم أن اللَّقيطَ إذا وُجِد في مِصرٍ من أَمصار الْمُسلِمين، أو في قَريةٍ من قُراهم، فادَّعى ذِمِّيٌّ أنه ابنُه: ثَبَت نسَبُه منه، وكان مُسلِمًا.

وهذا استِحسانٌ، والقِياسُ: أن لا يُصدَّقَ؛ لأنه حُكْمٌ له بالحُرِّيّة(٢) والإسلامِ، فلو جُعِل ابنًا للكافِر بدِعوته لكان تَبَعًا له في الدِّين، فكان حُكمًا بإِبطال إسلامِه.

وجهُ الاستِحسانِ: أن مُوجَبَ كَلامِه شَيئان، أحَدُهما: ثُبوتُ نسَبِه منه، وذا يَنفَعُه، والآخَرُ كُفرُه، وذا يَضُرُّه، فصَحَّت دِعوتُه فيما يَنفَعُه لا فيما يَضُرُّه، وليس من ضَرورة ردِّ قولِه في أحَد الحُكمَين ردُّه في حقِّ الحُكمِ الآخَرِ؛ لأن النَّسَبَ يَنفَكُّ عن الدِّين، فولَدُ

(١) أي وثبت نسبه من ذمي.

(٢) في (هـ): بالجزية.

الكافِرِ من امرَأةٍ مُسلِمةٍ ثابِتُ النَّسَبِ منه، وهو مُسلِمٌ.

وإن وُجِد في قَريةٍ من قُرى أهلِ الذِّمّةِ، أو في بِيعةٍ أو كَنيسةٍ: كان ذِمِّيًا إن كان الواجِدُ ذِمِّيًا رِوايةً واحِدةً.

وإن كان الواجِدُ مُسلِمًا في هذا الْمَكانِ، أو ذِمِّيًا في مَكان الْمُسلِمين.. ففي رِوايةٍ: يُعتبَرُ الْمَكانُ في الفَصلَين؛ لأنه أسبَقُ إليه من يَد الواجِدِ، وعندَ التَّعارُضِ يَترجَّحُ السّابقُ، والظّاهرُ يَدُلُّ عليه، فالْمُسلِمون لا يَضَعون أولادَهم في البِيعة، وأهلُ الذِّمّةِ لا يَضَعون أولادَهم في مَساجِدنا.. عادةً.

وفي رِوايةٍ[1]: يُعتبَرُ الواجِدُ في الفَصلَين؛ لأن تَبَعيّةَ الْمَكانِ إنما تُعتبَرُ عندَ عدَمِ يدٍ مُعتبَرةٍ؛ ألا تَرى أن من سُبِي ومعه أحدُ أبوَيه لا يُحكَمُ بإسلامه باعتِبار الدّارِ، فكذا هنا مع يدِ الواجِدِ لا يُعتبَرُ الْمَكانُ؛ لأنه كالأَب في حقِّه؛ لِقيامه بتَربيَته.

وفي رِوايةٍ: أيُّهما كان مُوجِبًا لإسلامه يُعتبَرُ ذلك؛ لأن الإسلامَ يَعلو ولا يُعلى، كالْمَولود بينَ كافِرٍ ومُسلِمٍ.

وفي رِوايةٍ: يُحكَّمُ زِيُّه وعَلامتُه، كما إذا اختَلَط مَوتانا بمَوتى الكُفّارِ.. يُعتبَرُ الزِّيُّ والعَلامةُ للفَصل.

وعبدٍ، وهو حُرٌّ، وإن قال(س): (زَوجتي أمةٌ).

وإن ادَّعى عبدٌ أنه ابنُه: ثَبت نسَبُه منه؛ لأنه يَتمحَّضُ مَنفَعةً في حقِّه.

وهو حُرٌّ؛ لأن الْمَملوكَ لا يَكونُ ابنُه عبدًا لا مَحالةَ؛ لاحتِمال أن يَكونَ ابنُه من الحُرّة، والولَدُ يَتبَعُ الأمَّ في الرِّقّ والحُرّيّة، فلا تَبطُلُ الحُرّيّةُ الظّاهرةُ بالدّار والأصلِ والغَلَبةِ بالشَّكّ.

---

(١) في حاشية (د): وهو رواية ابن سماعة عن محمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

ولو قال عبدٌ للقيطِ: (هو وَلَدي من زَوجتي، وهي أمةٌ)، وصَدَّقه مَولاها: ثَبَت نَسَبُه منه، ويَكونُ حُرًّا عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه حُرٌّ باعتِبار الأصلِ، فلا تَبطُلُ حُرِّيَّتُه بتَصادُق العبدِ وسَيِّدِها.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَكونُ عبدًا لسَيِّدها؛ لأن الأُمَّ[1] أمتُه، والحُرُّ في دِعوة اللَّقيطِ أحَقُّ من العَبد، والمُسلِمُ أحَقُّ من الذِّمِّيّ؛ نظَرًا للَّقيط؛ لأنه يَتخلَّقُ بأَخلاق الْمُلتقِطِ.

ولا يَرِقُّ إلا ببَيِّنةٍ.

ولا يَرِقُّ اللَّقيطُ إلا ببَيِّنةٍ، حتى إن من ادَّعى أن اللَّقيطَ عبدُه لم يُقبَل منه؛ لأنه حُكِم بحُرِّيّته باعتِبار الظّاهرِ، فلا يَبطُلُ ذلك بمُجرَّد قولِه، إلا أن يُقيمَ البَيِّنةَ أنه عبدُه؛ لأنه أثبَت دَعواه بالحُجّة، وثُبوتُ حُرِّيّتِه باعتِبار الظّاهرِ، والظّاهرُ لا يُعارِضُ البَيِّنةَ.

فإن قِيل: كيف تُقبَلُ هذه البَيِّنةُ ولا خصمَ عن اللَّقيط؟! لأن الْمُلتقِطَ ليس بوليٍّ له، فلا يَكونُ خصمًا عنه فيما يَضُرُّه.

قُلنا: الْمُلتقِطُ خصمٌ له باعتِبار يدِه؛ لأنه يَمنَعُه عنه، ويَزعُمُ أنه أحَقُّ بحِفظه؛ لأنه لَقيطٌ، ولا يَتوصَّلُ الْمُدَّعي إلى استِحقاق يدِه عليه إلا بإقامة البَيِّنةِ على رِقِّه[2]، فلهذا كان خصمًا عنه.

وما معه من مالٍ: له.

وإن وُجِد مع اللَّقيطِ مالٌ مَشدودٌ عليه: فهو له؛ لأنه في يَده، وهو من أَهل الْمِلكِ؛ لكَونه حُرًّا، فيَكونُ ما في يَده له؛ لظاهِر يدِه.

(١) في (ب): الأمة.

(٢) في (ج): ربه.

وكذا إذا كان مَشدودًا على دابّةٍ هو عليها بشَهادة[1] الظّاهرِ.

ويَصرِفُه الواجد[2] إليه بأَمر القاضِي عندَ البعضِ؛ لأنه مالٌ ضائِعٌ لا يُعرَفُ له مالِكٌ، وللقاضِي وِلايةُ صرفِ مِثلِه إليه، فكذا لغَيره بأَمره.

وقِيل: يَصرِفُه إليه بغَير أمرِ القاضِي؛ لأنه مالُ اللَّقيطِ ظاهِرًا؛ لِما مَرّ، ومَن شَدَّه عليه فإنما شَدَّه لأنه كان مِلكًا للَّقيط.

وله وِلايةُ الإنفاقِ وشِراءِ ما لا بُدَّ منه، كالطَّعام والكِسوةِ؛ لأنه من الإنفاق.

ولا يَصِحُّ للمُلتقِط عليه نِكاحٌ، وعقدُ بيعٍ[3]، وإجارةٌ(و).

ولا يَصِحُّ للمُلتقِط عليه نِكاحٌ؛ لأن وِلايةَ التَّزويجِ على الغَير تُستحَقُّ بالقَرابة، أو الْمِلكِ، أو السَّلطَنةِ، ولم يُوجَد واحِدٌ منها.

وتَصرُّفٌ في ماله نحوُ البيعِ والشِّراءِ؛ قِياسًا على الأُمّ؛ إذ وِلايةُ التَّصرُّفِ لتَثمير المالِ، وذا بكَمال الرَّأيِ ووُفورِ الشَّفَقةِ، والْمَوجودُ في كلٍّ منهما أحَدُهما.

وإجارةٌ، أي لا يَجوزُ أن يُؤْجِرَه.

وفي «مُختصَر» القُدُوريِّ: له أن يُؤْجِرَه؛ لأنه يَعودُ إلى تَثقيفه وحِفظِه عن الآفات.

وجهُ الأوَّلِ -وهو الأصَحُّ-: أنه لا يَملِكُ إتلافَ مَنافِعِه، فصار كالعَمّ، بخِلاف الأُمِّ؛ لأنها تَملِكُ إتلافَ مَنافِعِه بلا عِوَضٍ بالاستِخدام، فبِعِوَضٍ بالإجارة أَولى، ولا كذلك الْمُلتقِطُ والعمُّ.

---

(١) في (ب) و(هـ): لشهادة.

(٢) في (ج): الآخذ.

(٣) في سوى (م) و(ف): (وبيع) بدل (وعقد بيع).

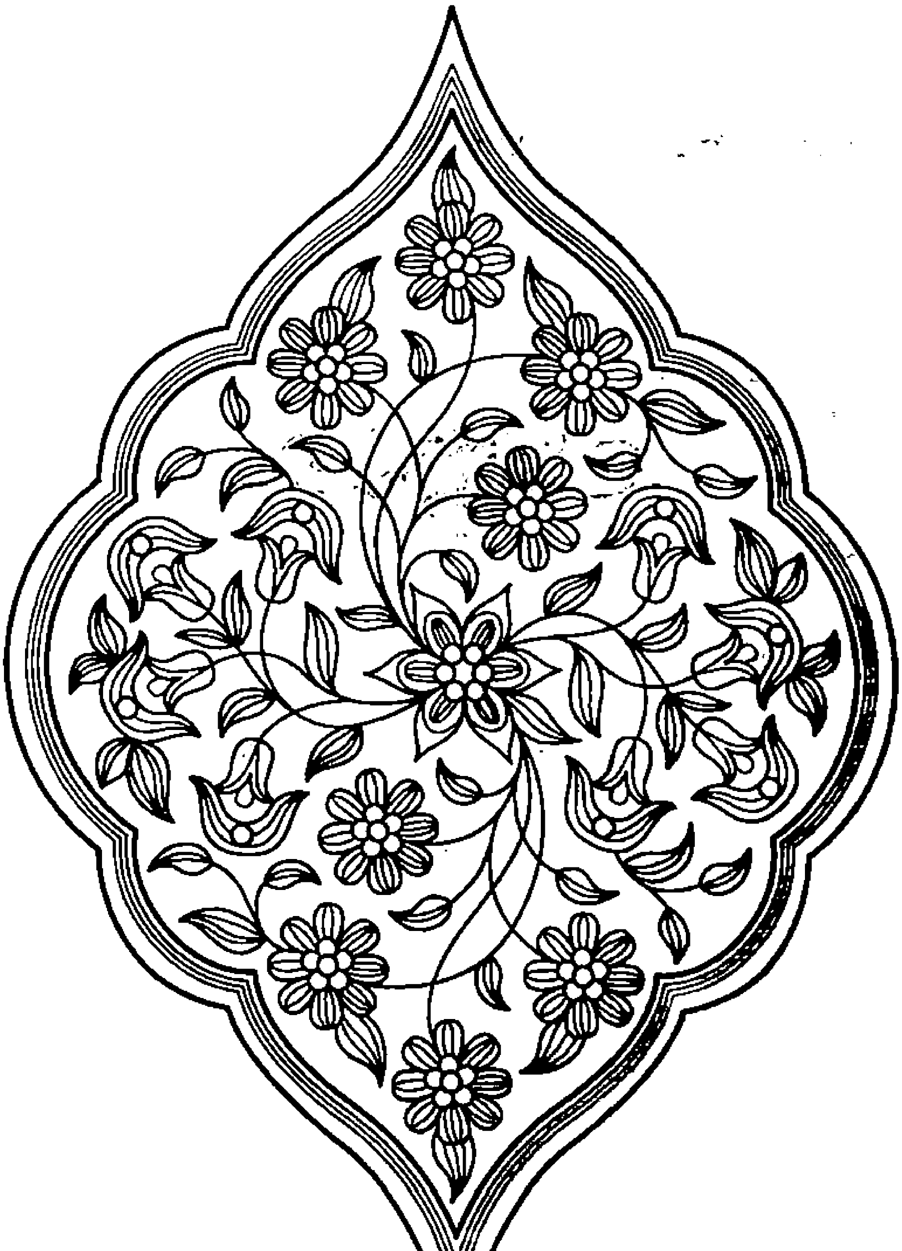
وصحَّ تَسليمُه في حِرفةٍ[1]، وقبضُ هِبةٍ له.

وصَحَّ تَسليمُه في حِرفةٍ؛ لأنه نافِعٌ له مُطلَقًا؛ لأنه لَمّا كان مَشغولًا بعمَلٍ قلما يَشتغِلُ بالفَساد.

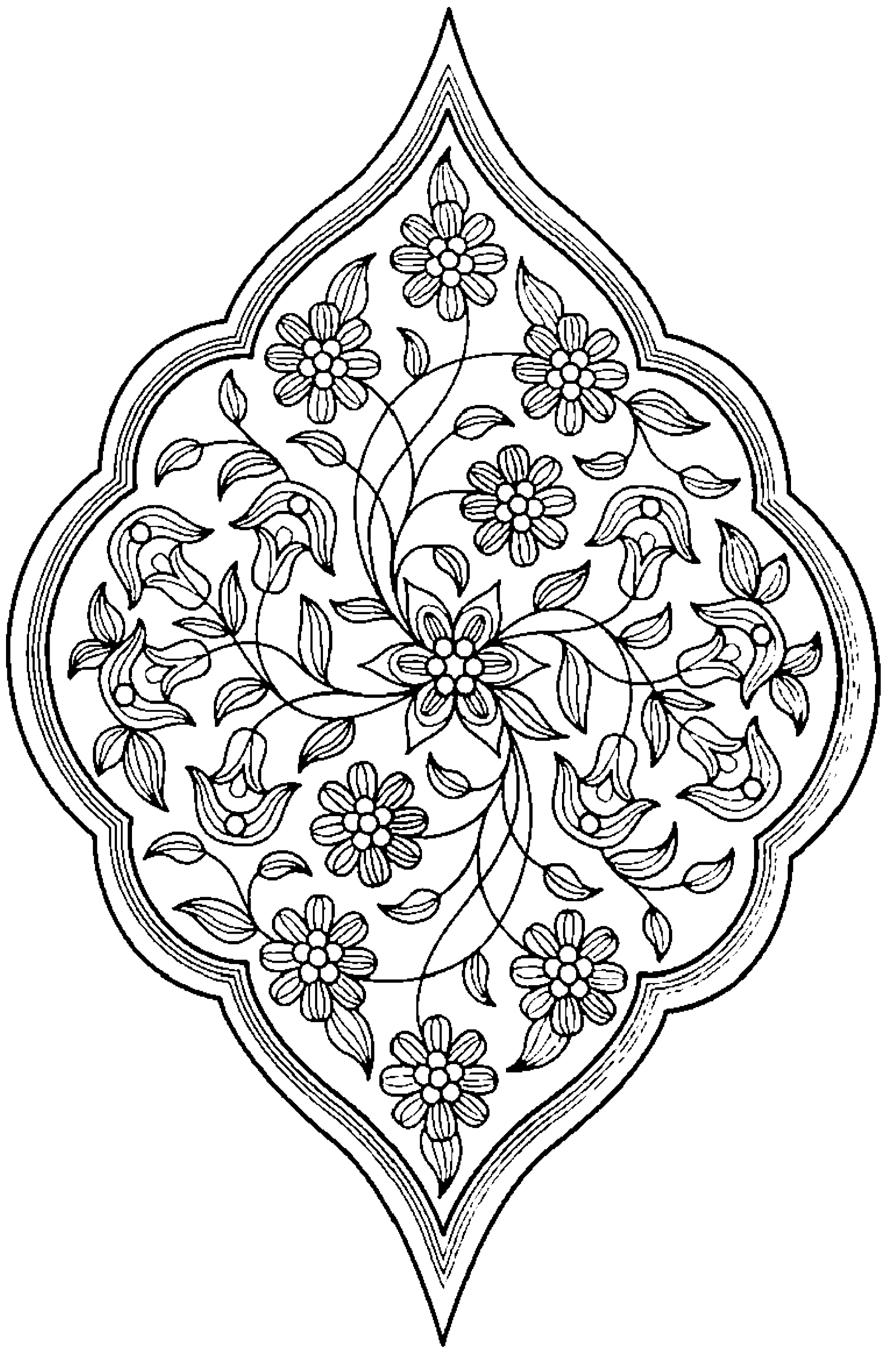
وقبضُ هِبةٍ له؛ لأنه نافِعٌ محضٌ، ولهذا يَملِكُه الصَّغيرُ بنَفسه لو كان عاقِلًا، وتَملِكُه الأُمُّ[2] ووَصِيُّها، واللهُ أعلَمُ.

(١) حرف لعياله يحرُف: كَسَب، والاسم الحُرفة بالضم، واحترف مثله، والاسم منه الحِرفة بالكسر. «المصباح» ١/ ١٣٠. والحرفة بالكسر: اسم من الاحتراف: الاكتساب. «المغرب» ص١١٢.

(٢) في (ر): ويملكها الإمام.



كِتَابُ اللُّقَطَةِ



كِتَابُ اللُّقَطَةِ

كِتابُ اللُّقَطةِ

هي: مالٌ يُوجَدُ في الطَّريق، ولا يُعرفُ له مالِكٌ بعَينه.

سُمِّيَت بها: لأنها تُلقَطُ غالِبًا.

لُقَطةُ[1] الحِلِّ والحَرَمِ: أمانةٌ إن أخَذ ليَرُدَّ على ربِّها، وأشهَد، وإلا ضَمِن(س).

لُقَطةُ الحِلِّ والحرَمِ أمانةٌ إن أخَذها ليَحفَظَها ويَرُدَّها[2] على مالِكها، وأشهَد على ذلك شاهِدَين؛ لأن الأخذَ على هذا الوجهِ مَأذونٌ فيه شرعًا، خِلافًا للمُتقشِّفة، بل هو الأفضَلُ عندَ الجُمهورِ، خِلافًا لبَعض التّابِعين.

لأنه لو تَرَكها ربما تَصِلُ إليها يدٌ خائِنةٌ، فيكتُمُها[3] عن مالِكها، فيَضيعُ مالُه، فكان رفعُها وَسيلةً إلى إِيصال الحقِّ إلى الْمُستحِقّ، ولهذا قالُوا: يَجِبُ إذا خاف الضَّياعَ، وإذا كان كذلك لا تكونُ مَضمونةً عليه.

وكذا لو تَصادَقا أنه أخَذها لمالِكها؛ لأن تَصادُقَهما في حقِّهما كالبيِّنة.

---

(١) اللقطة: هي -بالفتحِ وتُسكَّن-: اسمٌ للمالِ الْمُلتقَط، مختصَّةٌ بغيرِ الحيَوان.
وشرْعًا: مالٌ يوجَدُ ضائعًا، فيُرفَعُ للحِفظِ على الغَيْر، لا للتَّملُّك. «الدر المنتقى» ٣/ ١٨٧.

(٢) في (هـ): أو أن يردها.

(٣) في (ج): فتكفها.

ولو أقَرَّ أنه أخَذها لنَفسه: ضَمِن إجماعًا؛ لأنه أخَذ مالَ الغيرِ بلا إذنٍ من المالِك والشّارعِ، فكان مُتعدِّيًا في هذا الأخذِ، فيضمَنُ، كالغاصِب.

والأصلُ فيه: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «على اليَد ما أخَذت حتى تَرُدَّ[1]»[2]، أي ضَمانُ ما أخَذت.

فإن لم يَشهَد الشُّهودُ عليه عندَ الالتِقاطِ، وادَّعى أنه أخَذها للرَّدّ، وادَّعى صاحِبُها أنه أخَذها لنَفسه: فالقولُ لمالِكها، والْمُلتقِطُ ضامِنٌ عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: القولُ للمُلتقِط مع يَمينِه، ولا يَضمَنُ؛ لأن أخْذَه لمالِكه حِسبةٌ، ولنَفسه مَعصِيةٌ، فكان حملُ فِعلِه على الحِسبة أَولى؛ اعتِبارًا لظاهِر حالِ الْمُسلِمِ العاقِلِ.

ولأنه احتُمِل أنه أخَذه لنَفسه فيَضمَنُ، واحتُمِل أنه أخَذه لمالِكه فلا يضمن، فلا يَضمَنُ بالشَّكّ.

ولهما: أن أخْذَ مالِ الغيرِ بغَير إذنِه سبَبُ الضَّمانِ، إلا عندَ وُجودِ الإذنِ، والإذنُ مُقيَّدٌ بالإشهاد شرعًا، فإذا تَركه ضَمِن.

ولأنه أقَرَّ بسبَبٍ مُوجِبٍ للضَّمان، وهو أخذُ مالِ الغيرِ بغَير إذنِه، ثم ادَّعى ما يُبرِئُه عنه، وهو الأخذُ لمالِكه، فلا يَبطُلُ بالشَّكِّ قولُه الظّاهرُ: إنه أخَذه لمالِكه.

قُلنا: الظّاهرُ أن الحُرَّ يَعمَلُ لنفسه، فلما تَعارَض الظّاهِران بَقِي مُطلَقُ الأخذِ، وهو سَبَبُ الضَّمانِ؛ لِما رَوَينا[3]، وهو كمن أخَذ مالَ الغيرِ، وهَلَك في يَده، ثم ادَّعى أن

(١) في (هـ): تؤدي.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أي حديث: «على اليد ما أخذت حتى ترد».

صاحِبَه أودَعه: لم يُصدَّق إلا بحُجّةٍ.

ويَكفِيه في الإشهاد أن يَقولَ: (من سَمِعتموه يَنشُدُ لُقَطةً[1] فدُلُّوه عليّ).

ويَكفِيه هذا اللَّفظُ وإن كانت اللُّقَطةُ أكثَرَ من واحِدةٍ؛ لأنها اسمُ جِنسٍ، فتَتناوَلُ الواحِدَ والأكثَرَ.

وعَرَّف إلى أن عَلِم أن ربَّها لا يَطلُبُ، ثم تَصدَّق.

وعَرَّف اللُّقَطةَ قَليلةً كانت أو كَثيرةً، إلى أن يَغلِبَ على ظَنِّه أن صاحِبَها لا يَطلُبُها بعدَ ذلك.

وما رَوى محمدٌ عن أبي حنيفةَ رَضِيَ اللهُ عَنهُمَا: أنها إن كانت عَشَرةَ دَراهِمَ فصاعِدًا عَرَّفها حَولًا؛ لأن هذا مالٌ خَطيرٌ يَتعلَّقُ القطعُ بسَرِقته، ويُتملَّكُ به ما له خطَرٌ شرعًا، وهو البُضعُ، والتَّعريفُ لإبلاء العُذرِ، والحَولُ حسَنٌ[2]، لذلك قال الشّاعرُ:

. . . . ومَن يَبكِ حَولًا كامِلًا فقد اعتَذَرْ

وإن كانت أقَلَّ من عَشَرة دَراهِمَ يُعرِّفُها بحَسَب ما يَرى.. فليس بتَقديرٍ لازِمٍ؛ لأن نَصْبَ الْمَقاديرِ لا يَكونُ بالرَّأي، ولكنّا نَعلَمُ أن التَّعريفَ بِناءً على طَلَب صاحِبِها، ولا طَريقَ له إلى مَعرِفة مُدّةِ طلَبِه حَقيقةً، فيُبنى التقديرُ على غالِب رأيِه، فيُعرِّفُها إلى أن يَغلِبَ على رَأيه[3] أن صاحِبَها لا يَطلُبُها بعدَ ذلك.

وإن كانت اللُّقَطةُ شيئًا لا يَبقى لو أَتى عليه يومٌ أو يَومان: عَرَّفها حتى إذا خاف أن تَفسُدَ تَصدَّق بها؛ لأنه لو لم يَتصدَّق بها لضَاعت لا إلى عِوَضٍ، ولو تَصدَّق يَحصُلُ له

(١) في (هـ): ضالة.

(٢) في (ج): وهو البضع، وتقدير التعريف بالحول حسن.

(٣) في (هـ): ظنه.

عِوَضٌ آجِلٌ، وهو الثَّوابُ، أو[1] عاجِلٌ، وهو الضَّمانُ.

ويَنبَغي أن يُعرِّفَها في مَوضِعِ أَصابها، وفي مَجامِعِ النّاسِ؛ لِيَتحدَّثَ النّاسُ فيما بينَهم، فيَصِلَ الخبَرُ إلى صاحِبِها، فيَحصُلَ الْمَقصودُ، وهو وُصولُها إلى صاحِبِها.

وإن كانت شيئًا يُعلَمُ أن مالِكَها لا يَطلُبُها، كالنَّوى، وقُشورِ الرُّمّانِ: له أن يَأخُذَه ويَنتفِعَ به بلا تَعريفٍ.

إلا أن صاحبه إذا وَجَده في يَده له أخذُه؛ لأن إلقاءَه يَكونُ إباحةَ الانتِفاعِ به للواجِد، ولم يكن تَمليكًا منه؛ إذ التَّمليكُ من الْمَجهول لا يَصِحُّ، ومِلكُ الْمُبيحِ لا يَزولُ بالإِباحة، ولكن للمُباح له أن يَنتفِعَ به مع بَقاءِ مِلكِ الْمُبيحِ، فإذا وَجَده في يَده فقد وَجَد عَينَ مالِه، قال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من وَجَد عَينَ مالِه فهو أحَقُّ به»[2].

وإن وَجَده مُجتمِعًا: لم يَحِلَّ له أن يَنتفِعَ به؛ لأن الظّاهرَ أن مالِكَه ما أَلقاه بعدَما جَمَعه، ولكنه سَقَط منه.

فإن جاء صاحِبُها بعدَ التَّعريفِ دَفَعها إليه، وإن لم يَجِئ تَصدَّق بها؛ لأنه التَزَم حِفظَها على مالِكِها، وذا بإِيصال عَينِها إليه إن وَجَده، وإلا فبإِيصال ثَوابِها إليه، وذا بالتَّصدُّق، وإن شاء أمسَكها، فربما يَظفَرُ[3] بمالِكِها.

فإن جاء ربُّها نَفَّذه[4]، أو ضَمَّن.

فإن جاء مالِكُها بعدَما تَصدَّق بها: فهو بالخِيار.. إن شاء نَفَّذ الصَّدَقةَ، فيَكونُ له

---

(١) في (د): و.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) في (د): يظهر.

(٤) التنفيذ: قضاء الأمر وإجراؤه. «لغة الفقهاء» ص١٤٨.

ثَوابُها، وإجازتُه في الانتِهاء كاذِبةٌ في الابتِداء، والإذنُ حَصَل من الشّارِع لا من المالِك، فلهذا يُوقَفُ على إجازته.

ولكن الْمِلكُ يَثبُتُ للفقير قبلَ الإجازةِ، فلا تَتوقَّفُ إجازةُ المالِكِ على قَيام المالِ في يَد الفَقيرِ، حتى لو أَجاز بعدَما تَلِف المالُ في يَده تَصِحُّ الإجازةُ، بخِلاف إجازةِ بيعِ الفُضوليِّ؛ فإنه يُشترَطُ فيه قِيامُ المحَلِّ -وهو الْمَبيعُ- لثُبوت الْمِلكِ فيه بعدَ الإجازةِ.

وهذا لأن التَّصدُّقَ لو حَصَل بإذن الشّارِعِ والمالِكِ يَثبُتُ للفَقير مِلكٌ لازِمٌ، ولو حَصَل بغَير إذنِهما لا يَقَعُ الْمِلكُ للفَقير قبلَ الإجازةِ، كما في بَيع الفُضوليِّ، فإذا حَصَل بإذن الشَّرعِ وبغَير إذنِ المالِكِ.. وَفَّرنا على الأمرَين حظَّهما، فقُلنا: من حيث إن التَّصدُّقَ حَصَل بإذن الشَّرعِ يَملِكُه الفَقيرُ قبلَ الإجازةِ، ومن حيث إنه حَصَل بدُون إذنِ المالِكِ يَثبُتُ للفَقير مِلكٌ غيرُ لازِمٍ.

وإن شاء ضَمَّن الْمُلتقِطَ أو الْمِسكينَ[1].

أما الْمُلتقِطُ: فلأنه تَصدَّق بماله بغَير إذنِه، وهو مُوجِبٌ للضَّمان عليه.

فإن قِيل: كيف يُضمِّنُه وقد تَصدَّق بإذن الشَّرعِ؟!

قُلنا: الشَّرعُ أَباح له التَّصدُّقَ وما ألزَمه ذلك، ومِثْلُ هذا الإذنِ مُسقِطٌ للإثم[2] عنه غيرُ مُسقِطٍ للضَّمان؛ حقًّا لصاحِب المالِ، كتَناوُل الْمُضطَرِّ مالَ الغيرِ.

وأما الْمِسكينُ: فلأنه قَبَض مالَ الغيرِ لنَفسه بغَير إذنِه.

وإن كان قائِمًا أَخذه؛ لأن من وَجَد عَينَ مالِه فهو أَحَقُّ به.

وأيُّهما ضَمِنه لم يَرجِع على الآخر بشيءٍ.

(١) في (و): والمسكين.

(٢) في (و): للإذن.

أما الْمِسكينُ: فلأنه في القَبض[1] عامِلٌ لنَفسه، فلا يَرجِعُ بما لَحِقه من الضَّمان على غَيره.

وأما الْمُلتقِطُ: فلأنه بالضَّمان قد مَلَك، وظَهَر أنه تَصدَّق بمِلك نفسِه، فلا يَرجِعُ على الْمِسكين بشيءٍ.

فإن التَقَط بَهيمةً(ك ف) صحّ.

فإن التَقَط بَهيمةً، كشاةٍ، وبقَرةٍ، وبَعيرٍ، وفرَسٍ صَحّ.

وقال مالِكٌ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: إن وَجَد البَعيرَ والبقَرةَ والفرَسَ في الصَّحراء فالتَّركُ أفضَلُ؛ لأن أَخْذَ الشّاةِ سبَبُ صِيانتِها؛ إذ لو لم يَأخُذها لافترَسَتْه السِّباعُ، وليس في أَخذ البَعيرِ ونحوِه صِيانتُها؛ لأن لها من قُوّة العَدْوِ ما تَدفَعُ السِّباعَ عن أنفُسها، وفيه احتِمالُ عدَمِ الرِّضا من المالِك، فكُرِه الأخذُ، ونُدِب التَّركُ.

ولنا: أنه لو لم يَأخُذها ربما تَصِلُ إليها يدٌ خائِنةٌ[2]، فكان أخذُها سبَبًا لصِيانتها، فنُدِب أخذُها؛ صِيانةً لها عن التَّوى.

وما لها من قُوّة العَدْوِ سببُ الضَّياعِ كما هو سبَبُ الصِّيانةِ عن السِّباع، فتَعارَضا، والتَحقت بالشّاة.

وما أنفَق تَبرُّعٌ، وبِإذن القاضِي: دَينٌ على ربِّها.

وما أنفَق الْمُلتقِطُ عليها بغَير إذنِ الحاكِم: فهو تَبرُّعٌ؛ لأنه لا وِلايةَ له على ذِمّة مالِكِها، فصار كما لو قَضى دَينَ غيرِه بغَير أمرِه.

---

(١) في (هـ): التضمين.

(٢) في (ج) و(هـ): جانية، والمثبت من (ب).

وإن أنفَق بأَمر القاضِي: تَصيرُ دَينًا على مالِكها؛ لأن أمرَ القاضِي حالَ غَيبةِ صاحِبها كأَمره حالَ حَضرتِه، فللقاضِي على صاحِبها وِلايةُ النَّظَرِ عندَ عجزِه عن النَّظَر لنَفسه، والأمرُ بالإنفاق من النَّظَر؛ فإنه لا بَقاءَ للحَيَوان بلا نَفَقةٍ عادةً.

ولو لها نفعٌ: آجَر، وأنفَق عليها، وإلا باع، ومَنَع من ربِّها حتى يَأخُذَ النَّفَقةَ.

وإذا رُفِع إلى الحاكِم ذلك: نَظَر فيه، فإن كان للبَهيمة مَنفَعةٌ آجَرها وأنفَق عليها من أُجرتِها؛ إحياءً للدّابّة، ونظَرًا للمالِك؛ حيث لا يَلزَمُ الدَّينُ عليه، وكذا يَفعَلُ بالعَبد الآبِقِ.

وإن لم يكن لها مَنفَعةٌ، وخاف أن تَستغرِقَ النَّفَقةُ قِيمتَها: بَاعها وأمَر بحِفظ ثَمَنِها؛ لأن له وِلايةَ الحِفظِ، وقد تَعذَّر حِفظُ عَينِها، فيُصارُ إلى حِفظ ماليّتِها بالبَيع.

وإن كان الأصلَحَ الإنفاقُ عليها أَذِن في ذلك، وجَعَل النَّفَقةَ دَينًا على مالِكها؛ نظَرًا للجانِبَين.

وإنما[1] يَأمُرُ بالإنفاق يَومَين أو ثَلاثةً بقَدْر ما وَقَع عنده أنه لو كان المالِكُ حاضِرًا لظَهَر، فإذا لم يَظهَر يَأمُرُ ببَيعها؛ لأن النَّفَقةَ الدّارّةَ مُستأصِلةٌ، فربما تَزيدُ النَّفَقةُ على ماليّته، فيَكونُ فيه ضرَرٌ، وهو نُصِب ناظِرًا للمُسلِمين.

وفي «الأَصل» شَرَط إقامةَ البَيِّنةِ من الْمُلتقِط حيث قال: (فإنْ رَفَعها[2] إلى القاضِي، وأَقام البَيِّنةَ أنه التَقَطها: أَمَره بأن يُنفِقَ عليها على قَدْر ما يَرى)، وهو صَحيحٌ؛ لاحتِمال أن يَكونَ غصبًا في يَده، والقاضِي لا يَأمُرُه فيه بالإنفاق، وإنما يَأمُرُه بالإنفاق في الوَديعة، فلا بُدَّ من البَيِّنة.

(١) في (ج): قالوا وإنما.

(٢) في (ب): دفعها.

فإن قِيل: البيِّنةُ لا تُقبَلُ من غَير خصمٍ حاضِرٍ.

قُلنا: هذه بَيِّنةٌ تُقامُ لكَشف الحالِ لا للقَضاء، والخصمُ في مِثل هذا ليس بشرطٍ.

وإن قال الْمُلتقِطُ: (لا بَيِّنةَ لي).. يَقولُ القاضِي له: (إن كُنتَ صادِقًا فقد أمَرتُك بالإنفاق عليها)؛ لأن فيه نظَرًا لهما[1]، ولا ضرَرَ فيه على أحدٍ؛ فإنه يَرجِعُ على المالِك إن كان صادِقًا، وإن كان غاصِبًا لا يَرجِعُ بالنَّفَقة على المالِك بهذا الأمرِ؛ حيث قَيَّده بكَونه صادِقًا فيه، وإنما يَرجِعُ على المالِك بعدَما حَضَر.

ولم تُبَع اللُّقَطةُ إذا شَرَط القاضِي الرُّجوعَ على المالِك في **الصَّحيح**، فلهذا قَيَّد بقَوله: (وجَعَل النَّفَقةَ دَينًا على مالِكها).

وللمُلتقِط أن يَمنعَها من مالِكها إذا حَضَر حتى يَأخُذَ النَّفَقةَ؛ لأن هذا دَينٌ وَجَب له بسَبَب هذا المالِ، فكان له تَعلُّقٌ بهذا المالِ، فأشبَه الرَّهنَ.

ولا يَسقُطُ دَينُ النَّفَقةِ بالهَلاك في يَد الْمُلتقِطِ قبلَ الحبسِ؛ لأنه لا تَعلُّقَ له به حَقيقةً، وإنما يَأخُذُ صِفةَ الرَّهنِ عندَ اختيارِ الحبسِ، كالوَكيل بالشِّراء إذا نَقَد الثَّمَنَ من مال نفسِه.. له أن يَرجِعَ به على الْمُوكِّل، ولو هَلَك قبلَ الحبسِ لا يَسقُطُ ما وَجَب له على الْمُوكِّل، ولو هَلَك بعدَ الحبسِ يَسقُطُ؛ لأنه في مَعنى الرَّهنِ عندَ اختِيارِ الحبسِ، فيَهلِكُ بما حَبَسه به.

ولُقَطةُ الحِلِّ والحرَمِ سَواءٌ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجِبُ تَعريفُ لُقَطةِ الحرَمِ إلى أن يَجيءَ صاحِبُها؛ لقَوله عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في وَصف الحرَمِ: «ولا تَحِلُّ لُقَطتُها إلا لِمُنشِدها»[2].

---

(١) في (هـ): لها.

(٢) قال في «نصب الراية» ٣/ ٤٦٧: أخرجه البخاري (٣١٨٩) ومسلم (١٣٥٣) عن ابن عباس=

ولنا: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «اعرِف عِفاصَها ووِكاءَها، ثم عرِّفها سنةً»[1]، بلا فصلٍ بينَ لُقَطةِ الحِلِّ والحرَمِ.

وما رَوى مَحمولٌ على نَفي حِلِّ الالتِقاطِ إلا للتَّعريف، ولهذا ذُكِر في رِوايةٍ أُخرى: «ولا يَلتقِطُ لُقَطتَه إلا من عرَّفها»[2].

والتَّخصيصُ بالحَرَم لبَيان أنه لا يَسقُطُ التَّعريفُ فيه باعتِبار أنها للغُرَباء ظاهِرًا، فيُؤوِّلُ ويَقولُ: إن مالِكَها ذَهَب ظاهِرًا، فلم يَحتَج إلى التَّعريف.

ولا يَدفَعُ إلى مُدَّعيها بلا بَيِّنةٍ، فإن بَيَّن عَلامتَها حلَّ الدَّفعُ بلا جبر(ك ف).

=قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يوم فتح مكة: «إن هذا البلد حرمه الله يوم خلق السموات والأرض، فهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة، لا يعضد شوكه، ولا ينفر صيده، ولا يلتقط لقطته إلا من عرفها، ولا يختلى خلاؤه»، فقال العباس: يا رسول الله! إلا الإذخر، فإنه لقينهم ولبيوتهم، فقال عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «إلا الإذخر». انتهى.

وأخرجا أيضًا (البخاري ٢٤٣٤ ومسلم ١٣٥٥) عن أبي هريرة قال: لما فتح الله على رسوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مكة قام في الناس فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «إن الله حبس عن مكة الفيل، وسلط عليها رسوله والمؤمنين، وإنها لم تحل لأحد كان قبلي، وإنها أحلت لي ساعة من نهار، وإنها لم تحل لأحد بعدي، فلا ينفر صيدها، ولا يختلى شوكها، ولا تحل ساقطتها إلا لمنشد، ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين، إما أن يفدى وإما أن يقتل»، فقال العباس: إلا الإذخر يا رسول الله، فإنا نجعله في قبورنا وبيوتنا، فقال عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «إلا الإذخر»، فقام أبو شاه -رجل من أهل اليمن- فقال: اكتبوا لي يا رسول الله، فقال عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «اكتبوا لأبي شاه»، قال الوليد: فقلت للأوزاعي: ما قوله: اكتبوا؟ قال: قال البخاري: الخطبة التي سمعها من رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. انتهى.

وفي لفظ آخر لهما (البخاري ٦٨٨٠ ومسلم ١٣٥٥): «ولا يلتقط ساقطتها إلا منشد».

(١) رواه البخاري (٢٣٧٢)، ومسلم (١٧٢٢).

(٢) رواه البخاري (٣١٨٩) ومسلم (١٣٥٣).

وإذا حَضَر رَجُلٌ وادَّعى اللُّقَطةَ: لا تُدفَعُ إلى مُدَّعيها حتى يُقيمَ البيِّنةَ.

فإن بيَّن عَلامتَها، بأن يُسمِّيَ وزنَ الدَّراهِمِ، وعدَدَها، ووِعاءَها، ووِكاءَها: حَلَّ للمُلتقِط الدَّفعُ إليه، ولا يُجبرُ على ذلك في القَضاء.

وقال مالِكٌ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَااللَّهُ: يُجبرُ؛ لأنه إذا أَصاب في العَلامة فالظّاهرُ أنه المالِكُ؛ إذ الإنسانُ قَلَّما يَقِفُ على أَحوال دَراهِمِ غيرِه، والاستِحقاقُ يَثبُتُ باعتِبار الظّاهِرِ، خُصوصًا عندَ عدَمِ الْمُنازِعِ، كما يَثبُتُ الاستِحقاقُ لذي اليدِ باعتِبار الظّاهِرِ، والْمُلتقِطُ غيرُ مُنازِعٍ له؛ لأنه لا يَدَّعيها لنَفسه.

ولنا: أنه يَدَّعي مالًا في يَد غيرِه، فيَحتاجُ إلى البيِّنة؛ لقَوله عَلَيۡهِٱلصَّلَاةُوَٱلسَّلَامُ: «البيِّنةُ على الْمُدَّعي»[1]، واليدُ حقٌّ مَقصودٌ، كالْمِلك، حتى وَجَب الضَّمانُ على الغاصِب بإِزالة اليدِ، فلا يُستحَقُّ إلا ببيِّنةٍ، كالْمِلك، والعَلامةُ لا تَدُلُّ على أنها له؛ فقد يَقِفُ المرءُ على قَدْر مالِ صَديقِه، وقد لا يَقِفُ على قَدْر مالِ نفسِه.

وحِلُّ الدَّفعِ عندَ إصابةِ العَلامةِ: لقَوله عَلَيۡهِٱلصَّلَاةُوَٱلسَّلَامُ: «فإن جاء صاحِبُها، وعَرَف عِفاصَها وعدَدَها: فادفَعها إليه»[2]، وهذا الأمرُ للإباحة؛ بدَليل الحَديثِ الْمَشهورِ[3].

فإنْ دَفَعها إليه يَأخُذُ منه كَفيلًا؛ نظَرًا منه لنَفسه، فربما يَكونُ صاحِبُه غيرَه، فيَجيءُ

---

(١) رواه الترمذي (١٣٤١)، والدارقطني (٤٣١١).

(٢) رواه البخاري (٢٤٣٨) بلفظ: «عرفها سنة، فإن جاء أحد يخبرك بعفاصها ووكائها، وإلا فاستنفق بها».

ومسلم (١٧٢٢) بلفظ: «فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعَدَدها ووكاءها: فأعطها إياه، وإلا فهي لك».

(٣) أي حديث: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، كما في «البناية» ٧/ ٣٤٠، وقد تقدم، وسيأتي في الدعوى إن شاء الله تعالى.

فيُضمِّنُه، ولا يَتمكَّنُ من الرُّجوع على هذا الآخِذِ منه؛ لأنه قد يَتوارى، فيَحتاطُ[1] بأَخذ الكَفيلِ منه.

وهذا بلا خِلافٍ؛ إذ لا يَأخُذُ كَفيلًا لغَيره، وإنما يَأخُذُ كَفيلًا لنَفسه، بخِلاف التَّكفيلِ لوارِثٍ غائِبٍ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن التَّكفيلَ ثَمَّ للغَير.

وإن صَدَّقه دَفَعها إليه، ولا يُجبرُ على الدَّفع، كما لو جاء رَجُلٌ إلى الْمُودَع وقال: (أنا وَكيلُ الْمُودِعِ في استِرداد الوَديعةِ منك)، فصَدَّقه، حيث لا يُجبرُ على الدَّفع إليه؛ لأنه أقَرَّ بحقِّ القبضِ في مِلك الغيرِ.

وقِيل: يُجبرُ على الدَّفع؛ لأن الْمِلكَ لغَير من حَضَر ظاهِرٌ في الوَديعة، وفي اللُّقَطة ليس لغَير من حَضَر مِلكٌ ظاهِرٌ.

وينتَفِعُ بها لو فَقيرًا[ف]، وإلا تَصدَّق على أجنَبيٍّ، وأبَوَيه، ووَلَدِه، وزَوجتِه، لو فُقَراءَ.

ولا يَتصدَّقُ باللُّقَطة على غَنيٍّ؛ لأنه أُمِر بالتَّصدُّق بعدَ التَّعريفِ؛ لقَوله[2] عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «فإن لم يَأتِ -أي صاحِبُها- فلْيَتصدَّقْ به[3]»[4]، ولا تَحِلُّ الصَّدَقةُ لغَنيٍّ بالحَديث[5].

---

(١) في (ب): فيحتاج.

(٢) في (ب): بقوله.

(٣) في (هـ): بها.

(٤) قال في «نصب الراية» ٣/ ٤٦٨: تقدم أول الباب من حديث أبي هريرة: «من التقط شيئًا فليعرفه سنة، فإن جاء صاحبه فليرده إليه، وإن لم يأت فليتصدق به»، أخرجه الدارقطني (٤٣٨٩) والبزار (٣٧٧٣).

(٥) تقدم تخريجه.

فإن كان الْمُلتقِطُ فقيرًا: فلا بأسَ بأن يَنتفِعَ بها؛ لأنه محَلٌّ للصَّدَقة، والصَّرفُ إلى فَقيرٍ آخرَ للثَّواب، وهو مِثلُه فيه.

وإن كان غَنيًّا: لا يَصرِفُها إلى نَفسه، بل يَتصدَّقُ على أجنَبيٍّ، أو أبوَيه، أو ولَدِه، أو زَوجتِه.. إذا كانوا فُقَراءَ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: للغَنيِّ صرفُها إلى نَفسه بحُكم القرضِ؛ لحَديث أُبَيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فإنه قال: وَجَدتُ مِائةَ دِينارٍ، فأخبَرتُ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بذلك، فقال بعدَما عَرَّفها[1] ثَلاثَ سِنينَ: «اخلِطها بمالِك، فإن[2] جاء طالِبُها[3] فادفَعها إليه، وإلا فانتَفِع بها؛ فإنها رِزقٌ سَاقها اللهُ إليك»[4]، وكان غَنيًّا؛ حيث قال: «اخلِطها بمالِك».

ولأنه إنما حَلَّ الانتِفاعُ للفَقير بعدَ التَّعريفِ لا للتَّصدُّق، بل ليَصيرَ ذلك سببًا للالتِقاط، فيَصيرَ المالُ مَحفوظًا على المالِك؛ فإنه متى عَلِم أنه يَحِلُّ له الانتِفاعُ بعدَ التَّعريفِ يَرغَبُ في الالتِقاط، والغَنيُّ يُشارِكُه في هذا الْمَعنى، فيُشارِكُه في حِلِّ الانتِفاعِ.

---

(١) في (هـ): عرفتها.

(٢) في (هـ): فإذا.

(٣) في (ج): صاحبها.

(٤) قال في «نصب الراية» ٣/ ٣٦٩: قال عَلَيْهِ السَّلَامُ في حديث أبيّ: «فإن جاء صاحبها فادفعها إليه، وإلا فانتفع بها» وكان من المياسير: قلت: حديث أبيّ في «الصحيحين» (البخاري ٢٤٢٦ ومسلم ١٧٢٣) وفيه: «احفظ عددها ووعاءها ووكاءها، فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها» الحديث، وقوله: وكان من المياسير: ليس من متن الحديث، وإنما هو من كلام المصنف، وفي الصحيحين (البخاري ٢٧٥٨ ومسلم ٩٩٨) ما يرده، أخرجا عن أبي طلحة قلت: يا رسول الله! إن الله تعالى يقول: ﴿لَن تَنَالُواْ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَۚ﴾، وإن أحب أموالي إلي بيرحاء، فما ترى يا رسول الله؟ فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اجعلها في فقراء قرابتك»، فجعلها أبو طلحة في أبي وحسان. انتهى، فهذا صريح بأن أبيًّا كان فقيرًا، لكن يحتمل أنه أيسر بعد ذلك، وقضايا الأحوال متى تطرق إليها الاحتمال سقط منها الاستدلال.

ولنا: أن مالَ الغيرِ لا يَجوزُ تناوُلُه إلا في مَوضِع الضَّرورةِ؛ للنُّصوص الدالّةِ على حُرمة تَناوُلِ مالِ الغيرِ، وإنما أُبيح للفَقير بطَريق التَّصدُّقِ: لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «فلْيَتصدَّقْ به»[1]، أو بالإجماع، فبَقِي غيرُه على الأَصل، **والأصلُ** حُرمةُ تناوُلِ مالِ الغيرِ.

والغَنيُّ مَحمولٌ على الآخِذ؛ لأنه وإن لم يكن مُحتاجًا في الحال فربما يَصيرُ مُحتاجًا في مُدّة التَّعريفِ، والفَقيرُ قد يَتوانى في الالتِقاط؛ لاحتِمال أن يَصيرَ غَنيًّا في مُدّة التَّعريفِ.

وإنما انتَفَع أُبيٌّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ بها بحُكم القرضِ بإذن الإمامِ، وله أن يُقرِضَ اللُّقَطةَ من الْمُلتقِط ومن غَيره، ولا كَلامَ فيه، وإنما الكَلامُ فيما إذا انتَفَع بحُكم القرضِ بغَير إذنِ الإمامِ.

على أنه يُحتمَلُ أنه عَلِم فقرَه وحاجتَه؛ لدُيونٍ عليه، فأَذِن له في الانتِفاع بها وخلطِها بماله، ويُحتمَلُ أن مالَه دونَ النِّصابِ.

وما التَقَط عبدٌ وأَتْواه[2]: طُولِب[ك] ربُّه بقَضاء دَينِه أو بيعِه.

وما التَقَط عبدٌ وأَتْواه: طُولِب ربُّه بقَضاء الدَّينِ أو البيعِ فيه، سَواءٌ أَتْواه قبلَ التَّعريفِ أو بعدَه؛ لأنه ضَمانُ استِهلاكٍ، فيَظهَرُ في حقِّ الْمَولى.

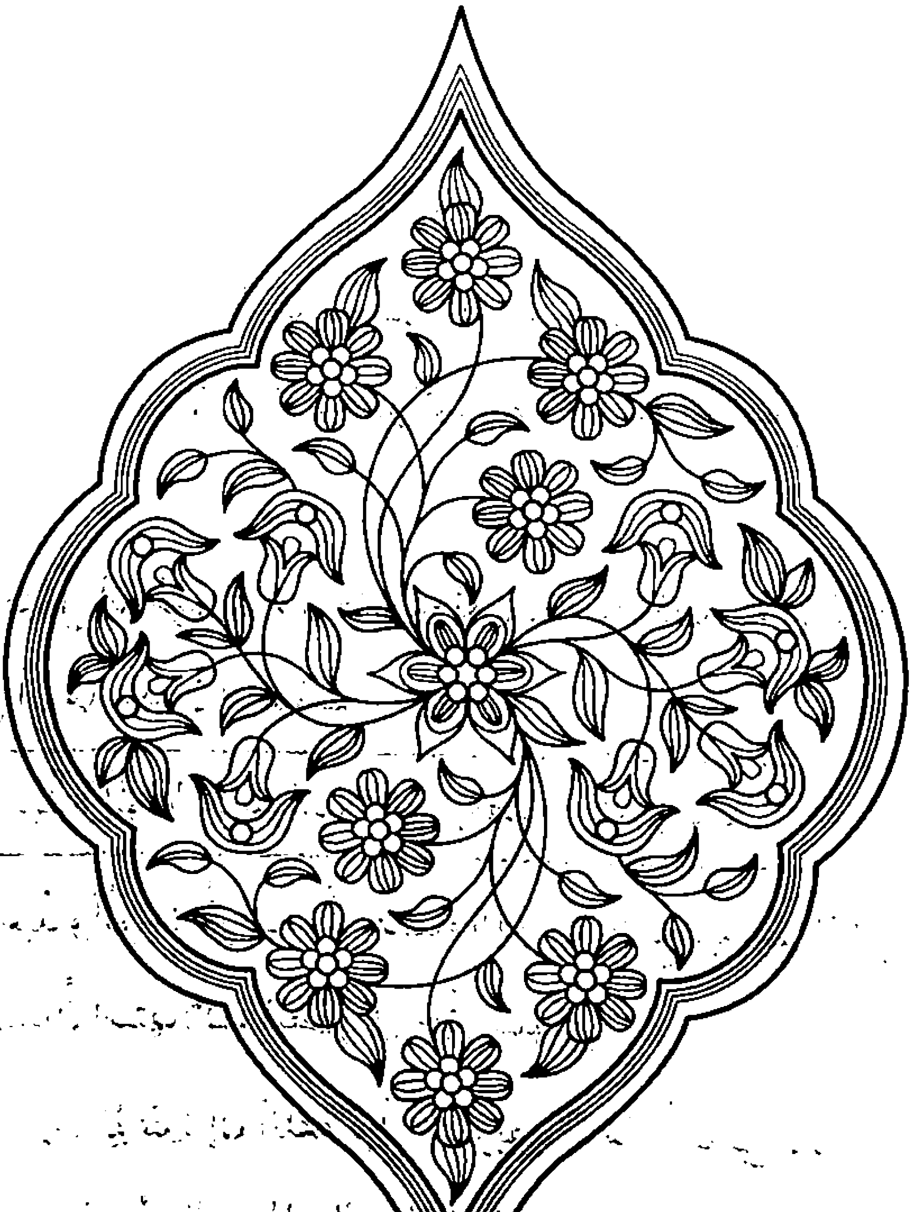
وعندَ مالِكٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: إن أتلَفه قبلَ التَّعريفِ يُؤمَرُ الْمَولى بالدَّفع أو الفِداءِ، وإن أتلَفه بعدَ التَّعريفِ لم يُطالَب للحال؛ لأن الشَّرعَ أَذِن له في الانتِفاع، فكان ضَمانًا يَخُصُّه[3]، فلا يَظهَرُ في حقِّ الْمَولى، فيُطالَبُ به بعدَ العِتقِ، واللهُ أعلَمُ.

---

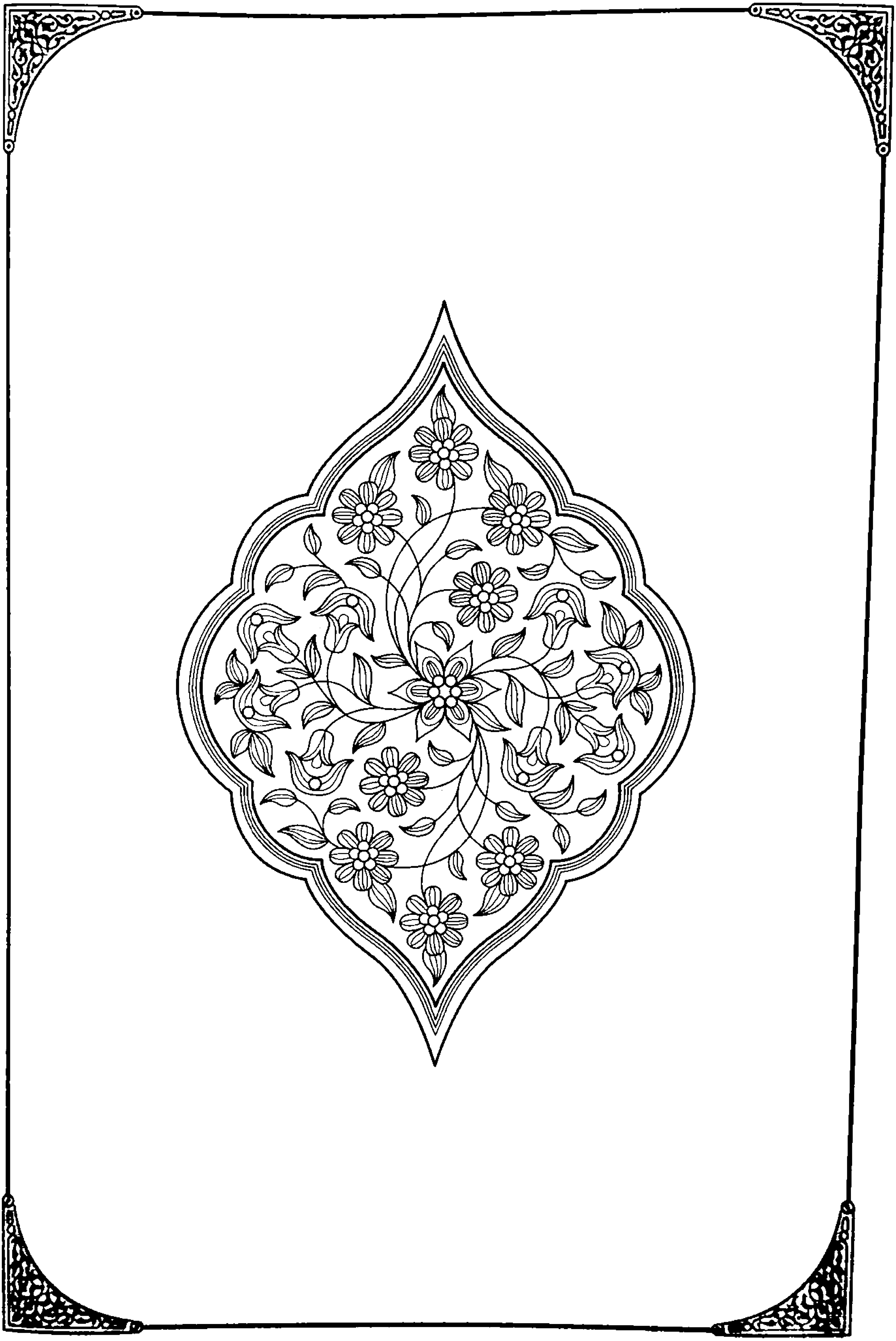
(١) تقدم تخريجه.

(٢) التَّوَى -مقصورًا-: هلاك المال، يقال: توي المال -بالكسر- يتوى تَوًى، وأتواه غيرُه، وهذا مال تَوٍ. «المطلع» ص٣٣٧.

(٣) في (هـ): بحصة، وفي (و): بالحصة، والمثبت من (ج).



كِتَابُ الإِبَاقِ



كِتَابُ الإِبَاقِ

كِتابُ الآبِقِ

هو تَمرُّدٌ في الانطِلاق، وهو من سوُء الأخلاقِ، ورَداءةِ الأعراقِ، يُظهِرُ العبدُ عن سَيِّده فِرارًا، لتَصيرَ ماليّتُه فيه ضِمارًا، فرَدُّه إلى مَولاه إحسانٌ، وهل جَزاءُ الإحسانِ إلا الإحسانُ؟!

وهذا الكِتابُ لبَيان جَزاءِ الرّادِّ في العاجِل[1] مع ما له من الأَجر في الآجِل[2]، بإِغاثة اللَّهفانِ[3]، ومنعِ الْمُتعدِّي من العُدوان[4].

---

(١) في (ج): الدنيا.

(٢) في (أ): في الآخر، وفي (ج): في الآخرة، وفي نسخة على الهامش: في العقبى.

(٣) روى البخاري (١٤٤٥) ومسلم (١٠٠٨) عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «على كل مسلم صدقة»، فقالوا: يا نبي الله! فمن لم يجد؟ قال: «يعمل بيده، فينفع نفسه ويتصدق»، قالوا: فإن لم يجد؟ قال: «يعين ذا الحاجة الملهوف»، قالوا: فإن لم يجد؟ قال: «فليعمل بالمعروف، وليمسك عن الشر، فإنها له صدقة».

(٤) يدخل هذا في عموم الآيات والأحاديث الحاضة على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ومما ورد في منع التعدي: ما رواه البخاري (٢٤٤٤) ومسلم (٤٥٨٢) واللفظ للأول: عن أنس رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «انصر أخاك ظالِمًا أو مظلومًا»، قالوا: يا رسول الله! هذا ننصره مظلومًا، فكيف ننصره ظالِمًا؟ قال: «تأخذ فوق يديه».

أخذُ الآبِقِ لمن يَقدِرُ على أَخذه أفضَلُ من تَركه؛ لِما فيه من إِحياء ماليّتِه، وللمال حُرمةٌ كما للنَّفس، فكما أن إحياءَ النَّفسِ مَندوبٌ فكذا إحياءُ المالِ.

وأخذُ الضّالِّ.. قِيل كذلك، وقِيل: تركُه أَولى؛ لأنه لا يَزالُ يَطلُبُ مالِكَه، فيَصِلُ إليه ظاهِرًا، بخِلاف الآبِقِ؛ لأنه يَختَفي[1] عنه.

ويَنبَغي للرّادِّ أن يَأتِيَ بالآبِق إلى الإمام، بخِلاف اللُّقَطةِ؛ لأنه يَقدِرُ على حِفظها بنَفسه، ولا يَقدِرُ على حِفظ الآبِقِ بنَفسه عادةً.

وإذا رُفِع إليه الآبِقُ يَحبِسُه؛ لتَحقُّق الإباقِ[2] منه مرّةً، فالظّاهرُ أنه يَأبِقُ مرّةً أُخرى لو لم يَحبِسه، فيَكونُ تركُ حبسِه تَعريضًا له على الإِباق، بخِلاف الضّالِّ؛ لأن الظّاهرَ أنه لا يَأبِقُ، فلا يَحبِسُه لو رُفِع إليه.

> رُدَّ آبِقٌ من مُدّة سَفَرٍ أو أكثَرَ.
>
> ولو لِمُورِّث الرّادِّ، ومات قبلَ قبضِه(س): وَجَب(ف) أربَعون دِرهَمًا، ولو قِيمتُه أقَلَّ منه(م)، وبحِسابه لو رُدَّ لأقَلَّ منها.

ومَن رَدَّ الآبِقَ من مُدّة سفَرٍ أو أكثَرَ.. فإن[3] كان الآبِقُ لِمُورِّث الرّادِّ، ومات قبلَ قبضِه: فله الجُعلُ أربَعون دِرهَمًا، وإن كانت قِيمتُه أقَلَّ منه، وإن رَدَّ لأقَلَّ من ذلك: فبحِسابه.

اعلَم أن رادَّ الآبِقِ يَستحِقُّ الجُعلَ استِحسانًا عندَنا، وفي القِياس: لا جُعلَ له إلا بالشَّرط، وهو قولُ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ؛ لأنه تَبرَّع بمَنافِعه في ردِّه على سَيِّده، ولو تَبرَّع

---

(١) في (ب): لا يختفي.

(٢) في (هـ): ليتحقق الأمان.

(٣) في سوى (ب) و(هـ): وإن.

بعَينٍ من أَعيان مالِه لا يَستوجِبُ عليه عِوَضًا بمُقابَلته، فكذا إذا تَبرَّع بمَنافِعه، وصار كرادِّ الضّالِّ.

ولنا: أن الصَّحابةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُم اتَّفَقوا على وُجوب أصلِ الجُعلِ، وإن اختَلَفوا في مِقداره، فقال عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: دِينارٌ أو اثنا عشَرَ دِرهَمًا[1].

وقال عليٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: دِينارٌ أو عَشرةُ دَراهِمَ[2].

وقال عمّارٌ[3] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إن أخَذه في الْمِصر فله عَشَرةُ دَراهِمَ، وإن أخَذه خارِجًا من الْمِصر فله أربَعون دِرهَمًا[4].

وقال ابنُ مَسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حينَ قَدِم رَجُلٌ بأُبّاقٍ من الفَيُّوم، فقال القومُ: (لقد أَصاب أجرًا): وجُعلًا[5]، إن شاء من كلِّ رأسٍ أربَعين دِرهَمًا[6].

فأخَذنا بإِجماعهم في إِيجاب أصلِ الجُعلِ، وكَفى بإِجماعهم حُجّةً، ورَجَّحنا قولَ ابنِ مَسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في مِقداره: لأنه قال في مَجلِسه ذلك، واشتَهَر منه، ولم يُنكِر عليه أحدٌ.

---

(١) روى ابن أبي شيبة (٢١٩٤٠) عن سعيد بن المسيب: أن عمر جَعَل في جُعل الآبق دينارًا أو اثني عشر درهمًا.

(٢) روى ابن أبي شيبة (٢١٩٤١) عن علي مثل قول عمر رضي الله تعالى عنهما.

وروى البيهقي (١٢١٢٤) عن علي في جعل الآبق: دينار، قريبًا أخذ أو بعيدًا.

(٣) في (هـ): عثمان.

(٤) ورد هذا من كلام شريح عند عبد الرزاق (١٤٩٠٨)، وابن أبي شيبة (٢١٩٤٧).

(٥) أي فقال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه: وأصاب جُعلاً.

(٦) رواه الإمام أبو يوسف في «الآثار» (٧٦٢)، ورواه مختصرًا عبد الرزاق (١٤٩١١)، وابن أبي شيبة (٢١٩٣٩).

فإن قِيل: يَنبَغي أن يُؤخَذَ بالأَقَلِّ الْمُتيقَّنِ لا بالأكثَر الْمَشكوكِ.

قُلنا: إنما لم نَأخُذ بالأَقَلّ: لأن التَّوفيقَ بينَ أقاويلِهم مُمكِنٌ، بأن يُحمَلَ قولُ من أَفتى بالأَقَلّ على ما إذا رُدَّ مما دونَ مُدّةِ السَّفَرِ، وقولُ من أَفتى بالأكثَر على ما إذا رُدَّ من مَسيرة السَّفَرِ، كما فَسَّره عمّارٌ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، فإن قولَه: (إن أخذه في الْمِصر) كِنايةٌ عما دونَ مَسيرةِ السَّفَرِ، وقولَه: (وإن أخذه خارجَ الْمِصرِ) كِنايةٌ عن مَسيرة السَّفَرِ.

ولأن نَصْبَ الْمَقاديرِ بالرَّأي لا يَكونُ، فلا طَريقَ لِما ثَبَت عنهم من الفَتوى إلا السَّماعُ، فكأن كُلًّا منهم رَوى ما قَاله عن النَّبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، والْمُثبِتُ للزِّيادة من الأَخبار عندَ التَّعارُضِ أَولى، فلذا أَخذنا بالأكثَر.

ولأن الرّادَّ يَحتاجُ إلى عَناءٍ وغَناءٍ في ردِّه، وقَلَّما يَرغَبُ النّاسُ في التِزام ذلك حِسبةً، ففي إِيجاب الجُعلِ للرّادِّ تَرغيبٌ له في ردِّه، فتَتحقَّقُ صِيانةُ الأموالِ.

والإجماعُ وَرَد في الآبِق، فبَقِي الضّالُّ على القِياس، وامتَنَع الإلحاقُ دَلالةً؛ لأن الحاجةَ إلى صِيانة الآبِقِ فوقَ الحاجةِ إلى صِيانة الضّالِّ؛ لأنه لا يَبرَحُ مَكانَه، فيَجِدُه مالِكُه ساعةً فساعةً، بخِلاف الآبِقِ؛ لأنه يَتوارى عنه ويَفِرُّ، فلا يَصِلُ إليه ظاهِرًا.

وإن رَدَّه لأكثَرَ من مُدّة السَّفَرِ لا يُزادُ على أربَعين؛ لأن التَّقديرَ به إذا رَدَّه من مَسيرة السَّفَرِ ثابِتٌ شرعًا[1]، والزِّيادةُ على القَدْر الثّابتِ شرعًا بالرَّأي لا تَجوزُ؛ وهذا لأن أدنى مُدّةِ السَّفَرِ مَعلومٌ، ولا نِهايةَ لِما وَراءَ ذلك، والحُكمُ لا يَتغيَّرُ به شرعًا، كسائِر الأحكامِ الْمُتعلِّقةِ[2] بالسَّفَر.

وإن كان الآبِقُ لِمُورِّث الرّادِّ، ومات قبلَ التَّسليمِ إليه بعدَ إدخالِه في الْمِصر: له

---

(١) كما تقدم قبل قليل عن ابن مسعود وعمار رضي الله تعالى عنهما.

(٢) في (ج): كسائر الأماكن المتقاربة.

الجُعلُ؛ لأنه استحَقَّ الجُعلَ بردِّه إلى مِصره، فلا يَسقُطُ بأن يَصيرَ له، كالأجِير الْمُشترَكِ إذا عَمِل لِمُورِّثه، ثم مات الْمُورِّثُ قبلَ تَسليمِه إليه.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا جُعلَ له؛ لأن الجُعلَ يَجِبُ[1] بالتَّسليم؛ بدَليل أنه لو هَلَك في الْمِصر قبلَ التَّسليمِ لا يَجِبُ الجُعلُ، وعندَ التَّسليمِ هو له، أو له فيه شِرْكةٌ.

وإن كانت قِيمتُه أَقَلَّ من أربَعين: له أربَعون دِرهَمًا عندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُقضى له بقِيمته إلا دِرهَمًا؛ لأن وُجوبَه ثَبَت إحياءً لحُقوق النّاسِ نظَرًا لهم، ولا نظَرَ في إيجاب أربَعين بردِّ ما لا يُساوِي ذلك.

وله: أن هذا تَقديرٌ عُرِف شرعًا بالإجماع، وقد قَدَّروه بأربَعين دِرهَمًا بلا تَعرُّضٍ لِقيمة العبدِ، فيَجِبُ اتِّباعُه، ولهذا لا يَصِحُّ الصُّلحُ على الزِّيادة، بخِلاف الصُّلحِ على الأقَلّ[2]؛ فإنه يَجوزُ؛ لأنه حطٌّ عنه[3].

وإن أخذه في الْمِصر، أو خارِجًا منه ولكن فيما دونَ مَسيرةِ السَّفَرِ: لا شيءَ له قِياسًا؛ لأن التَّقديرَ الشَّرعيَّ يَمنَعُ أن يَكونَ لِما دونَ الْمُقدَّرِ حُكمُ الْمُقدَّرِ.

وفي الاستِحسان: تُقسَمُ الأربَعون على ثَلاثة أيّامٍ، أو يُقدَّرُ الرَّضْخُ في الرَّدِّ عما دونَ السَّفَرِ باصطِلاحهما، أو يُفوَّضُ إلى رَأي القاضِي.

والجُعلُ واجِبٌ في ردِّ الْمُدبَّرِ وأُمِّ الولَدِ؛ لأنهما مَملوكان رَقيقان، فيُتصوَّرُ منهما الإباقُ، كالقِنِّ.

فإن قِيل: الجُعلُ يَجِبُ بإحياء المالِيّةِ، ولا مالِيّةَ لأُمِّ الولَدِ، خُصوصًا عندَ أبي

---

(١) في (هـ): لم يجب.

(٢) في (هـ): الأول.

(٣) في (هـ): عنده.

حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

قُلنا: المالِكُ أحَقُّ بكَسبها، ولها ماليّةٌ باعتِبار كسبِها، وقد أحياه الرّادُّ بالرَّدّ، فيَستوجِبُ الجُعلَ عليه.

فإن مات الْمَولى قبلَ أن يَصِلا إليه فلا جُعلَ له؛ لأنهما عَتَقا بمَوته، ورادُّ الحُرِّ لا يَستوجِبُ الجُعلَ.

وهذا ظاهِرٌ في أُمِّ الولَدِ، وكذا في الْمُدبَّر إذا خَرَج من الثُّلُث، فإن لم يَخرُج فكذلك عندَهما؛ لأنه حُرٌّ مَديونٌ، وعندَه: يَصيرُ كالْمُكاتَب، ولا جُعلَ لرادِّ الْمُكاتَبِ؛ لأنه أحَقُّ بكَسبه، فلا يَكونُ رادُّه مُحْيِيًا لماليّته باعتِبار الرَّقَبةِ والكسبِ.

ولو كان الرّادُّ أبًا، أو ابنًا، أو زوجًا، أو زَوجةً: له الجُعلُ قِياسًا، وفي الاستِحسان: إذا وَجَد عبدَ أبيه، وهو في عِياله أوْ لا: فلا جُعلَ له؛ لأن ردَّ الآبِقِ على أبِيه من جُملة خِدمتِه، وخِدمةُ الأبِ واجِبةٌ على الابن.

وكذا الزَّوجُ مع امرَأتِه، والْمَرأةُ مع زوجِها؛ لأن كُلًّا منهما يَحفَظُ مالَ صاحِبِه عادةً، فلا يَستحِقُّ به جُعلًا.

فأما إذا وَجَد الأبُ عبدَ ابنِه.. فإن كان في عِيال ابنِه: فلا جُعلَ له؛ لأن آبِقَ الرَّجُلِ يَطلُبُه من في عِياله[1] عادةً، ويَتبرَّعُ بمِثله، وإن لم يكن الأبُ في عِياله فله الجُعلُ؛ لأن خِدمةَ الأبِ الابنَ غيرُ مُستحَقّةٍ على الأَب.

وإن أبَق منه: لا يَضمَنُ إن أشهَد.

وإن أبَق من الرّادِّ: لا يَضمَنُ؛ لأنه أمانةٌ في يَده.

---

(١) في (ج): لأن ابن الرجل يكون في عياله.

وهذا إذا أشهَد على نَفسه أنه يَأخُذُه ليَرُدَّه على المالِك.

ولا جُعلَ له؛ لأنه كالبائِع من المالِك، والْمَردودُ عليه كالْمُشتَري، فلا يَستحِقُّ إيفاءَ الثَّمَنِ مع تَعذُّرِ تَسليمِ الْمَبيعِ، ولهذا كان له أن يُمسِكَه حتى يَأخُذَ الجُعلَ؛ لأنه إنما استَوجَب الجُعلَ بإِحياء ماليّتِه، فكان لِما يَستوجِبُه تَعلُّقٌ بماليّته، فيَحبِسُه به، كالبائِع يَحبِسُ الْمَبيعَ لاستيفاء ثَمَنِه.

وإن مات العبدُ في يَده لا يَضمَنُ، ولا جُعلَ له، كالْمَبيع يَتلَفُ في يَد البائِعِ؛ وهذا لأن وُجوبَ الجُعلِ لإِحياء ماليّته، ولم يَتِمَّ ذلك؛ حيث لم تَصِل إليه يدُ سَيِّده.

ولو أعتقَه الْمَولى كما رَآه يَجِبُ الجُعلُ؛ لأنه صار قابِضًا له بإِعتاقه؛ لأنه إتلافٌ للماليّة، فقد وَصَل العبدُ إلى الْمَولى مَعنًى؛ ألا تَرى أن الْمُشتريَ إذا أعتَق الْمَبيعَ قبلَ القبضِ يَصيرُ به قابِضًا.

وكذا يَجِبُ الجُعلُ إن بَاعه الْمَولى من الرّادّ؛ لأنه صار قابِضًا لِما نَفَذ تَصرُّفُه فيه، ولأن سَلامةَ الثَّمَنِ له باعتِبار ردِّه، فصار كسَلامة العَينِ له؛ إذ سَلامةُ العِوَضِ كسَلامة الْمُعوَّضِ.

فإن قِيل: يَنبَغي أن لا يَجوزَ بيعُه؛ لأنه بيعُ ما لم يُقبَض، وهو مَنهيٌّ عنه[1].

قُلنا: الرَّدُّ بيعٌ من وجهٍ، فلا يَدخُلُ تحتَ النَّهيِ الوارِدِ عن بَيع ما لم يُقبَض.

---

(١) رواه الطبراني في «الأوسط» (١٥٥٤)، وقال في «نصب الراية» ٤/ ٣٢: فيه أحاديث: منها ما أخرجه أبو داود (٣٤٩٩) عن عبد الله بن عمر قال: ابتعت زيتًا في السوق، فلما استوجبته لقيني رجل، فأعطاني فيه ربحًا حسنًا، فأردت أن أضرب على يده، فأخذ رجل من خلفي بذراعي، فالتفتُّ فإذا زيد بن ثابت، قال: لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك، فإن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم... إلخ.

فإن قِيل: الشُّبهةُ مُلحَقةٌ بالحَقيقة في الحُرُمات[1].

قُلنا: هذه شُبهةُ الشُّبهةِ، ولا عِبرةَ بها؛ وهذا لأنه لو شُرِط رِضا المالِكِ لتَحقَّقت الشُّبهةُ؛ لأنه مِلكُه حَقيقةً، فعندَ عدَمِ الرِّضا تَتحقَّقُ شُبهةُ الشُّبهةِ.

ويَنبَغي إذا أخَذه أن يُشهِدَ أنه يَأخُذُه ليَرُدَّه، فالإشهادُ عليه حتمٌ عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، حتى لو رَدَّه من لم يُشهِد عندَ الأخذِ لا جُعلَ له عندَهما؛ لأن الإشهادَ يَدُلُّ على أنه أخَذه لمالِكه، وتَرْكَه يَدُلُّ على أنه أخَذه لنَفسه.

وصار كما لو اشترَاه من الآخِذ، أو اتَّهبه أو وَرِثه من الآخِذ، فرَدَّه على سَيِّده.. فإنه لا جُعلَ له؛ لأنه رَدَّه لنَفسه؛ لأنه ضَمِن بالأَخذ على هذا الوجهِ، ولَمّا رَدَّه رَدَّه لإِسقاط الضَّمانِ عن نَفسه، فكان ردًّا[2] لنَفسه.

إلا إذا أشهَد أنه اشترَاه ليَرُدَّه فله الجُعلُ؛ لأنه حينَئذٍ يَكونُ ردًّا لمالِكه، وهو مُتبرِّعٌ في أَداء الثَّمَنِ، فلا يَرجِعُ على الْمَولى بما أدّى من الثَّمَن.

والجُعلُ[3] على الْمُرتهن[4].

فإن كان رهنًا: فالجُعلُ على الْمُرتهِن؛ لأن وُجوبَ الجُعلِ للرّادِّ بإِحياء مالِيّةِ العبدِ، ومالِيَّتُه حقُّ الْمُرتهِنِ؛ إذ مُوجَبُ الرَّهنِ ثُبوتُ يدِ الاستِيفاءِ للمُرتهِن من المالِيّة، فكان الرّادُّ عامِلًا له، فيَجِبُ الجُعلُ عليه.

---

(١) في (ب) و(ج): الحرمان.

(٢) في (ب) و(ج) و(د): رادًّا.

(٣) الجُعل -من باب الخلع- بضم الجيم: ما جُعل بدلاً فيه، وجُعل الآبق وجُعل الأجير من ذلك. «الطلبة» ص٥٩.

(٤) في (س): إن أشهد والمرتهن خصم لو رهنا.

والرَّدُّ في حَياة الرّاهنِ وبعدَه سَواءٌ؛ إذ الرَّهنُ لا يَبطُلُ بالْمَوت.

وهذا إذا كانت قِيمتُه مِثلَ الدَّينِ أو أقَلَّ منه، فإن كانت أكثرَ فيُقدَّرُ الدَّينُ عليه، والباقِي على الرّاهِن؛ لأن حقَّه تَعلَّق بالقَدْر الْمَضمونِ، وصار كثَمَن الدَّواءِ، والتَّخليصُ عن الجِنايةِ بالفِداء، فإنَّ ذا على الْمُرتهِن بالقَدْر الْمَضمونِ فيه.

وإن كان مَديونًا: فجُعلُه على مَولاه إن اختَار قَضاءَ ما على العَبد من الدَّين، وإن أَبى: بِيعَ العبدُ، وأَخَذ صاحِبُ الجُعلِ جُعلَه أوَّلًا، وما بَقِي من الثَّمَن لأَصحاب الدُّيونِ؛ لأنه مُؤنةُ الْمِلكِ، فيَجِبُ على من يَستقَرُّ الْمِلكُ له.

وإن كان جانِيًا.. فإن اختَار الْمَولى الفِداءَ: فالجُعلُ على مَولاه؛ لأنه طَهَّره عن الجِناية باختِياره، وتَبيَّن أن الرّادَّ أَحيا مالِيّتَه، وإن اختَار دفْعَه إلى أولِياء الجِنايةِ: فالجُعلُ عليهم؛ لأنه أَحيا حقَّهم.

وإن كان مَوهوبًا[1]: فعلى الْمَوهوب له، وإن رَجَع الواهِبُ في هِبَته بعدَما رَدَّ العبدَ الرّادُّ إلى الْمَوهوب له؛ لأنه أَحيا مالِيّتَه بالرَّدِّ إليه، فزَوالُها بعدَه برُجوع الواهِبِ كزَوال مِلكِه بمَوت العبدِ.

وإن كان للصَّبيِّ: فالجُعلُ في ماله؛ لكَونه مُؤنةَ مِلكِه، وإن رَدَّه وَصِيُّه فلا جُعلَ له؛ لأنه يُتبرَّعُ به عادةً[2].

---

(١) في (هـ): مرهونًا.

(٢) في (ج): والله الموفّق.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

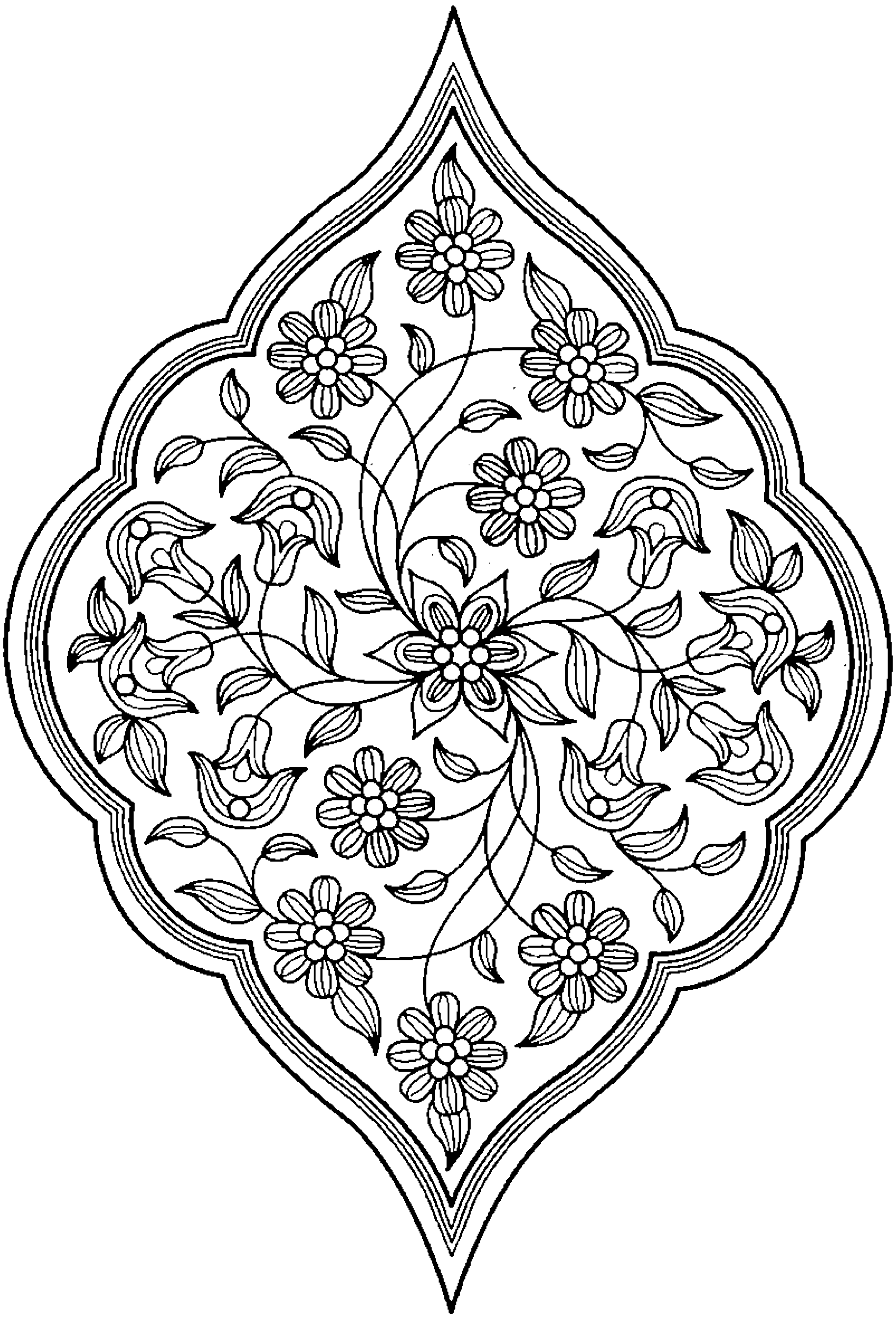
[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

كِتَابُ الْمَفْقُودِ



كِتَابُ المَفْقُودِ

كِتابُ الْمَفقودِ

يُقالُ: فَقَدتُ الشَّيءُ -أي غاب عنِّي- فَقْدًا، وفُقُودًا، وفُقدانًا، فهو مَفقودٌ.

المفقودُ[1]: غائِبٌ لم يُدْرَ مَوضِعُه، وحَياتُه ومَوتُه.

وهو: غائِبٌ لم يُدْرَ مَوضِعُه وحَياتُه ومَوتُه.

فأهلُه في طَلَبه يَجِدُّون، ولخَفاء مُستقَرِّه لا يَجِدُون، قد انقَطَع عنهم خبرُه، واستَتَر عليهم أثَرُه، فبالجِدِّ قد يَصِلون إلى الْمُراد، وربما يَتأخَّرُ اللِّقاءُ إلى يَوم التَّنادِ[2].

وله فيما يَرجِعُ إلى ماله حُكمُ الحَياةِ، وفيما يَعودُ إلى مال غيرِه حُكمُ الْمَماتِ.

فيَنصِبُ القاضِي من يَأخُذُ حقَّه، ويَقومُ على ماله، ويُنفِقُ منه على قَريبه وزَوجتِه.

فيَنصِبُ القاضِي -وإن لم تَطلُب الوَرَثةُ- من يَأخُذُ حُقوقَه، ويَحفَظُ مالَه، ويَقومُ عليه؛ لأنه ناظِرٌ لكلِّ من عَجَز عن النَّظَر لنَفسه، والْمَفقودُ عاجِزٌ عن النَّظَر لنَفسه، وفي نَصْب القائِمِ على ماله والحافِظِ له نظَرٌ له، فيَنصِبُ من يَحفَظُه ويَقومُ عليه.

---

(١) هو والفقيد لغةً: المعدوم، مِن فقدتُ الشيء فِقدانًا بالكسر.. عَدِمتُه، كما في «القاموس»، ويُقال: فَقَدْتُه: إذا أضللته، أو طلبتُه، فهو من الأضداد، وكِلا المعنيين يتحقَّق في المفقود، فقد ضَلَّ عن أهله، وهم في طلبه، ذكره البِرْجَندي والشُّرُنبُلالي. «الدر المنتقى» ٣/ ٢٠٧.

(٢) في نسخة على هامش (ج): المعاد.

ولا شكَّ أنه يَقبِضُ غَلّاتِه ودُيونًا أقَرَّ بها غَريمُه؛ لأنه من الحِفظ، ويُخاصِمُ في دَينٍ وَجَب بعَقد القَيِّم؛ لأن العاقِدَ أصيلٌ في حُقوق العقدِ.

وفي كلِّ دَينٍ كان الْمَفقودُ تَولّاه، أو نَصيبٍ كان له في عَقارٍ، أو عَرْضٍ في يَد رَجُلٍ.. لا يُخاصِمُ الوَكيلُ فيه من يَجحَدُه؛ لأنه ليس بمالِكٍ ولا نائِبٍ عن المالِك في الخُصومة في ذلك، وإنما هو حافِظٌ لماله فقط، وحِفظُه يَتحقَّقُ فيما وَصَلت يدُه إليه، فأما الخُصومةُ وإقامةُ البيِّنةِ فيما لم يكن في يَده قط: فليس من الحِفظ، فيَكونُ الوَكيلُ فيه كأجنَبيٍّ آخرَ.

ولا يَلزَمُ أنه وَكيلٌ بقَبض حُقوقِه؛ لأنه وَكيلٌ بالقَبض من جانِب القاضِي، وهو لا يَملِكُ الخُصومةَ اتِّفاقًا.

والخِلافُ في الوَكيل بقَبض الدَّينِ من جانِب المالِكِ(١)، وإذا كان كذلك يَتضمَّنُ الحُكمُ به قَضاءً على الغائِب، وليس للقاضِي أن يَقضيَ على الغائِب وللغائِب إلا إذا كان عنه خصمٌ حاضِرٌ عندَنا، وكذا لا يَنبَغي للقاضِي أن يَنصِبَ وَكيلًا عن الغائِب وللغائِب، ولكن لو فَعَل ذلك يَنفُذُ قَضاؤُه.

فلهذا قُلنا: لو كان القاضِي وَلّاه ذلك، ورَآه(٢)، ونَفَّذ الخُصومةَ بينَهم فيه: يَجوزُ حينَئذٍ؛ لأنه يَصيرُ قَضاءً في فصلٍ مُجتهَدٍ فيه، فيَنفُذُ.

فإن قِيل: الْمُجتهَدُ فيه نفسُ القَضاءِ، فيَنبَغي أن يَتوقَّفَ نَفاذُه على إِمضاء قاضٍ آخرَ، كما لو كان القاضِي مَحدودًا في قذفٍ.

قُلنا: الْمُجتهَدُ فيه سبَبُ القَضاءِ، وهو أن البيِّنةَ هل تكونُ حُجّةً بلا خصمٍ حاضِرٍ أم لا؟ فإذا رَآها القاضِي حُجّةً، وقَضى بها: نَفَذ قَضاؤُه، كما لو قَضى بشَهادة الْمَحدودِ

---

(١) في (ب): الوكيل.

(٢) في (ج): أو رآه، وفي (هـ): وراءه.

في القَذف.

ثم ما كان يُخافُ عليه الفَسادُ[1] من مَتاعه[2] يَبيعُه؛ لأن حِفظَ عَينِه مُتعذِّرٌ، فيَميلُ إلى حِفظ ثَمَنِه؛ لأن حِفظَ الأثمانِ أيسَرُ.

ولا يَبيعُ ما لا يُخافُ عليه الفَسادُ في نَفَقةٍ وغيرِها؛ لأن وِلايةَ البيعِ للنَّظَر له، وحِفظُ العَينِ فيما يَتأتّى حِفظُه أنظَرُ له.

ويُنفِقُ من ماله على قَريبه وِلادًا وزَوجتِه.

والأصلُ: أن كلَّ من يَستحِقُّ النَّفَقةَ في ماله[3] حالَ حَضرتِه بغَير قَضاءِ القاضِي: يُنفَقُ عليه من ماله عندَ غَيبتِه، كزَوجته، وأولادِه الصِّغارِ والكِبارِ، من الإناث والذُّكورِ، من الزَّمنى؛ لأن هذا لا يَكونُ منه قَضاءً حَقيقةً، بل يَكونُ تَمكينًا للمُستحِقِّ مِن أخذِ حقِّه، ولو تَمكَّنوا من ذلك كان لهم أن يَأخُذوه، فيُعِينُهم القاضِي على ذلك.

وكلَّ[4] من لا يَستحِقُّها في حَضرته إلا بالقَضاء: لا يُنفَقُ عليه من ماله في غَيبته، كالأَخ والأُختِ، والخالِ والخالةِ؛ لأن نَفَقتَهم تَجِبُ بالقَضاء، والقاضِي لا يَقضي على الغائِب.

والْمُرادُ بقَوله[5]: (من ماله): الدَّراهِمُ والدَّنانيرُ؛ لأن حقَّهم في الطَّعام والكِسوةِ، فإذا لم يَكونا في ماله يُحتاجُ إلى القَضاء بالقِيمة، وهي النَّقدان، والتِّبرُ مِثلُهما في حقِّ هذا

---

(١) في (هـ): الهلاك والفساد.

(٢) في (ج): ماله.

(٣) في نسخة على هامش (ج): من ماله.

(٤) عطف على (كل) السابقة المنصوبة بأنّ.

(٥) في (ب): بقولنا.

الحُكمِ؛ لأنه يَصلُحُ قِيمةً، كالْمَضروب.

وهذا إذا كانت في يَد القاضِي، فإن كانت وَديعةً أو دَينًا: يُنفَقُ عليهم منهما إذا أقَرَّ الْمُودَعُ والْمَديونُ بالوَديعة والدَّينِ، والنِّكاحِ، والنَّسَبِ.

وهذا إذا لم يَكونا ظاهِرَين عندَ القاضِي، فإن كانا ظاهِرَين فلا حاجةَ إلى الإقرار؛ لأن عِلمَ القاضِي بذلك أَقوى من إِقرارهما.

وإن كان أحَدُهما ظاهِرًا: الوَديعةُ[1] والدَّينُ، والنِّكاحُ والنَّسَبُ: يُشرَطُ الإقرارُ بما ليس بظاهِرٍ.

وهذا التَّفصيلُ هو الصَّحيحُ، وليس هنا اختِلافُ الرِّوايتَين.

وإن دَفَع الْمُودَعُ بنَفسه أو مَن عليه الدَّينُ بغَير أمرِ القاضِي: فالْمُودَعُ يَضمَنُ؛ لدَفعه مالَ الغيرِ إلى الغَير بلا إِذنه، والْمَديونُ لا يَبرأُ؛ لأنه ما أدّى إلى من له الحقُّ ولا إلى نائِبه، بخِلاف ما لو دَفَع بأَمر القاضِي؛ لأن أمْرَه كالْمَفقود؛ لقِيامه مَقامَه.

وإن جَحَد الْمُودَعُ والْمَديونُ أصلًا، أو جَحَد[2] الزَّوجيّةَ والنَّسَبَ: لم يَنتصِب أحدٌ ممن يَستحِقُّ النَّفَقةَ خصمًا في ذلك؛ لأن الحاضِرَ إنما يَنتصِبُ خصمًا عن الغائِب إذا كان ما يَدَّعيه سبَبًا لثُبوت حقِّه لا مَحالةَ، ولم يُوجَد؛ لأن ما يَدَّعيه لم يَتعيَّن سببًا لثُبوت حقِّه، وهو النَّفَقةُ؛ لأنها كما تَجِبُ في هذا المالِ تَجِبُ في مالٍ آخرَ للمَفقود.

ولا يُفرَّقُ[ك] بينَه وبينَها.

ولا يُفرَّقُ بينَه وبينَ امرَأتِه، وقال مالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا مَضى أربَعُ سِنينَ يُفرِّقُ القاضِي

(١) في (هـ): ظاهرًا كالوديعة، وفي (و): ظاهر الوديعة.

(٢) في (ب): جحدا.

بينَه وبينَها إن طَلَبت ذلك، ثم تَعتدُّ عِدّةَ الوَفاةِ، ثم تَتزوَّجُ مَن شاءت، فإن عاد الزَّوجُ بعدَ العِدّةِ ولم تَتزوَّج زوجًا آخرَ: فهو أحقُّ بها، وإن تَزوَّجت فلا سَبيلَ له عليها، كذا قَضى عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فيمن استَهواه الجِنُّ بالْمَدينة[1].

ولأنه مَنَع حقَّها بالغَيبة، فيُفرِّقُ القاضِي بينَهما بعدَ مُضِيِّ أربَعِ سِنينَ؛ دفعًا للضَّرَر عنها؛ كيلا تَبقى مُعلَّقةً لا ذاتَ بعلٍ ولا مُطلَّقةً، كما يُفرِّقُ بينَ العِنِّينِ والْمُولي وبينَ امرَأتَيهما بعدَ مُضِيِّ السَّنةِ وأربَعةِ أشهُرٍ؛ دفعًا للضَّرَر عن امرَأتَيهما.

إلا أنّا أخذنا الأربَعَ من الإيلاء؛ لشَبَهه به؛ إذ حقُّها في الجِماع يَفوتُ بصُنعه، وهو السَّفَرُ، كما يَفوتُ ثَمَّ بصُنعه، وهو الإيلاءُ، والسَّنةَ من العُنّة؛ لشَبَهه بها؛ إذ حقُّها في الجِماع فات هنا بسبَبٍ هو مَعذورٌ فيه، وهو الغَيبةُ؛ لأنها[2] مُباحٌ، كما فات حقُّها ثَمَّ بالعُنّة وهو مَعذورٌ فيه.

ولنا: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في امرَأة الْمَفقود: «إنها امرَأتُه حتى يَأتيَها البَيانُ»[3].

وقولُ عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فيها: هي امرَأةٌ ابتُلِيَت، فلْتَصبِر حتى تَستبينَ مَوتَه أو طَلاقَه[4].

فصار قولُه بَيانًا للبَيان الْمَذكورِ في الْمَرفوع إلى النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (١٦٧٢٠)، والدارقطني (٣٨٤٨)، والبيهقي (١٥٥٦٩) ولفظ الأول: عن يحيى بن جعدة: أن رجلًا استهوته الجن على عهد عمر، فأتت امرأته عمر، فأمرها أن تربص أربع سنين، ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها، ثم أمرها أن تعتد، فإذا انقضت عدتها تزوجت، فإن جاء زوجها خير بين امرأته والصداق.

(٢) في (و): لأنه.

(٣) رواه الدارقطني (٣٨٤٩)، والبيهقي (١٥٥٦٥).

(٤) روى عبد الرزاق (١٢٣٣٠) عن محمد بن عبيد الله العرزمي، عن الحكم بن عتيبة: أن عليًا قال في امرأة المفقود: هي امرأة ابتليت، فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق.

ولأن نِكاحَه[1] حقُّه، وهو حيٌّ في إبقاء[2] حقِّه، فلو حَلَّ لزَوجته أن تَتزوَّجَ لكان فيه حُكمٌ بمَوته؛ ضَرورةَ أن الْمَرأةَ لا تَحِلُّ لزَوجَين، فتَجِبُ قِسمةُ مالِه أيضًا، وذا مُمتنِعٌ ما لم يَقُم دَليلٌ على مَوته.

وقد صَحَّ رُجوعُ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إلى قَول عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[3].

والتَّقديرُ بالْمُدّة في حقِّ العِنِّينِ والْمُولِي: لدَفع ظُلمِ التَّعليقِ، ولا ظُلمَ من الْمَفقود.

وحُكِم بمَوته بتِسعين(ح س ك)[4] سنةً، فتَعتَدُّ.

وحُكِم بَموته بتِسعين[5] سنةً؛ لأن الحَياةَ[6] بعدَه نادِرٌ[7] في زَماننا، ولا عِبرةَ للنّادِر، وعليه الفَتوى.

وفي ظاهِر الرِّوايةِ: يُقدَّرُ بمَوت أقرانِه، فإذا لم يَبقَ أحدٌ من أَقرانه حيًّا حُكِم بمَوته؛

---

(١) في (ب): نكاحها.

(٢) في (د): بقاء.

(٣) في (هـ): كرم الله وجهه.

قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ١٤٣: وأما رجوع عمر فلم أره، لكن قال عبد الرزاق (١٢٣٣٣): أخبرنا ابن جريج، بلغني أن ابن مسعود وافق عليًا على أنها تنتظره أبدًا. انتهى، وانظر «التعريف والإخبار» ٢/ ٢٨٨. وقال العيني في «البناية» ٧/ ٣٦٥: وقال الكاكي: وذكر عبد الرحمن بن أبي ليلى: أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ رجع عن ثلاث قضيات إلى قول علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أحدها مال المفقود وغيرها، مذكور في «المبسوط»، وقال الإترازي: فلما ثبت أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ رجع إلى قول علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، كان ذلك إجماعًا على قول علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وفيه تأمل لا يخفى.

(٤) في (ع): بسبعين.

(٥) في (ج): لتسعين.

(٦) في (ج): حياته، وفي نسخة على الهامش: بقاءه.

(٧) في (د) و(هـ): نادرة.

لأن ما تَقعُ الحاجةُ إلى مَعرِفته فطَريقُه في الشَّرع الرُّجوعُ إلى أَمثاله، كقِيَم الْمُتلَفاتِ، ومهرِ مِثلِ النِّساءِ، وبَقاؤُه بعدَ موتِ كلِّ أقرانِه نادِرٌ، وبِناءُ الأحكامِ الشَّرعيّةِ على الظّاهِر.

ويُعتبَرُ موتُ أقرانِه في بَلَده[1]؛ لأن التَّفحُّصَ عن حال الأقرانِ في كلِّ البُلدانِ مُتعذِّرٌ.

وعن أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إذا تَمَّ له مِائةٌ وعِشرون سنةً من مَولِده حُكِم بمَوته؛ لأنها نِهايةُ أعمارِنا.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: مِائةُ سنةٍ.

والأقيَسُ: أن لا يُقدَّرَ بشيءٍ؛ لأن نَصْبَ الْمَقاديرِ بالرَّأي لا يَكونُ، ولا نَصَّ فيه.

والأرفَقُ بالنّاس أن يُقدَّرَ بتِسعين سنةً؛ لأنه أَقَلُّ الْمَقاديرِ، والتَّفحُّصُ عن حال الأقرانِ أنهم مَاتوا أوْ لا غيرُ مُمكِنٍ، أو[2] فيه حرَجٌ.

وورِث منه حينَئذٍ، لا قبلَه.

وإذا حُكِم بمَوته تَعتدُّ امرَأتُه للمَوت من ذلك الوقتِ، وقُسِم مالُه بينَ وَرَثتِه الْمَوجودِين وقتَ الحُكمِ، كأنه مات في ذلك الوقتِ عِيانًا؛ اعتِبارًا للمَوت الحُكميِّ بالْمَوت الحَقيقيِّ.

ومن مات قبلَه لم يَرِث منه شيئًا.

ولا يَرِثُ.

ولا يَرِثُ الْمَفقودُ أحدًا مات في حال فقدِه.

وحاصِلُه: أنه حيٌّ في حقِّ نفسِه، فلا يُقسَمُ مالُه بينَ وَرَثتِه، كما لو عايَنّا حَياتَه، ميِّتٌ

---

(١) في (أ) و(و): أهل بلده.

(٢) في (هـ): إذ.

في حقِّ غيرِه، حتى لا يَرِثُ أحدًا؛ لأن حَياتَه تَثبُتُ بالاستِصحاب، فإنّا عَلِمنا حَياتَه، فنَستصحِبُ ذلك ما لم يَظهَر خِلافُه.

واستِصحابُ الحالِ يَصلُحُ لإبقاء ما كان على ما كان، لا لإثبات ما لم يكن ثابِتًا، وفي الامتِناع عن قِسمة مالِه بينَ وَرَثتِه إبقاءُ ما كان على ما كان، وفي تَوريثه من الغير إثباتُ أمرٍ لم يكن ثابِتًا له.

ولأن حَياتَه باعتِبار الظّاهِرِ، وهو يَصلُحُ حُجّةً لدَفع الاستِحقاقِ لا للاستِحقاق، فلا يَستحِقُّ به مِيراثَ غيرِه، ويَدفَعُ استِحقاقَ وَرَثتِه لماله.

ومَعنى قولِنا: (لا يَرِثُ الْمَفقودُ أحدًا): أن نَصيبَ الْمَفقودِ من الْمِيراث لا يَصيرُ مِلكًا للمَفقود، أما نَصيبُ الْمَفقودُ من الإرث: فيُوقَفُ؛ لأن حَياةَ الْمَفقودِ مُحتمَلةٌ، والْمُحتمَلُ يَكفي للتَّوقُّف، كما في الجَنين..

فإن ظَهَر حيًّا عُلِم أنه كان مُستحِقًّا، وإن لم يَظهَر حيًّا حتى بَلَغ تِسعين سنةً.. فما وُقِف له يُرَدُّ على وَرَثة صاحِبِ المالِ يومَ مات صاحِبُ المالِ، كالْمَوقوف للجَنين إذا انفَصَل الجَنينُ ميْتًا.

وكذا لو أوصى رَجُلٌ للمَفقود بوَصِيّةٍ، ومات الْمُوصِي: لم يُقضَ بها له؛ لأن الوَصِيّةَ أختُ الْمِيراثِ، وشرطُ الاستِحقاقِ للمُوصَى له بَقاؤُه حيًّا بعدَ موتِ الْمُوصِي، كالْمِيراث، وقد بيّنّا أنه يُوقَفُ نَصيبُه من الْمِيراث حتى يَظهَرَ حالُه، فكذا الوَصِيّةُ.

والأصلُ: أنه لو كان مع الْمَفقودِ وارِثٌ لا يُحجَبُ به، ولكنه يَنتقِصُ حقُّه به: يُعطى أقَلَّ النَّصيبَين، ويُوقَفُ الباقِي، وإن كان معه وارِثٌ يُحجَبُ به لم يُعطَ أصلًا.

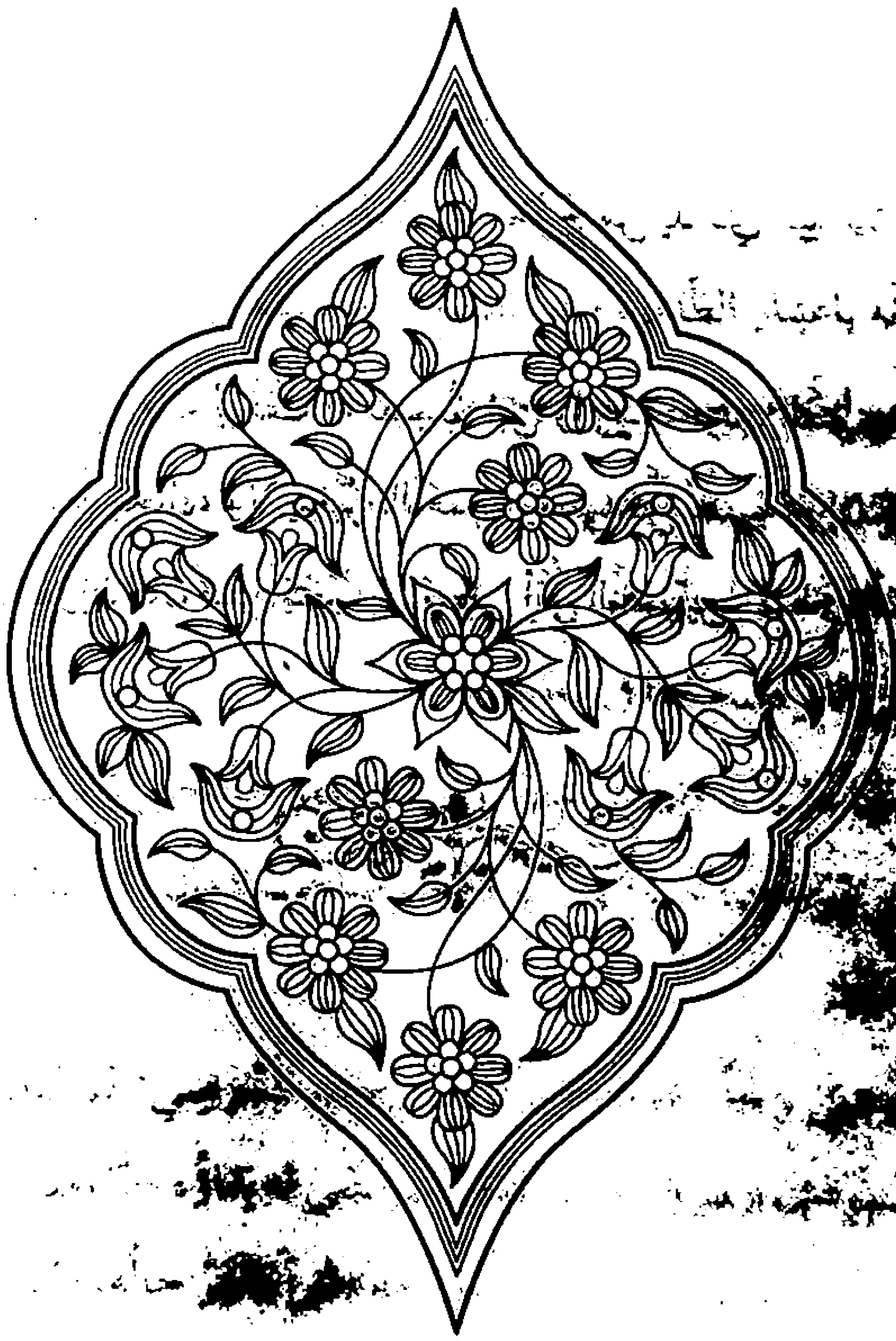
بَيانُه: رَجُلٌ مات عن بِنتَين، وابنٍ مَفقودٍ، وابنِ ابنٍ، وبِنتِ ابنٍ، والمالُ في يَد أجنَبيٍّ،

وتَصادَقوا على أن الابنَ مَفقودٌ، وطَلَبت البِنتان الإرثَ: دُفِع النِّصفُ أقَلُّ النَّصيبَين إليهما؛ لأنهما تَستحِقّان هذا القَدْرَ بيَقينٍ، وفي الزِّيادة إلى الثُّلُثَين شكٌّ.

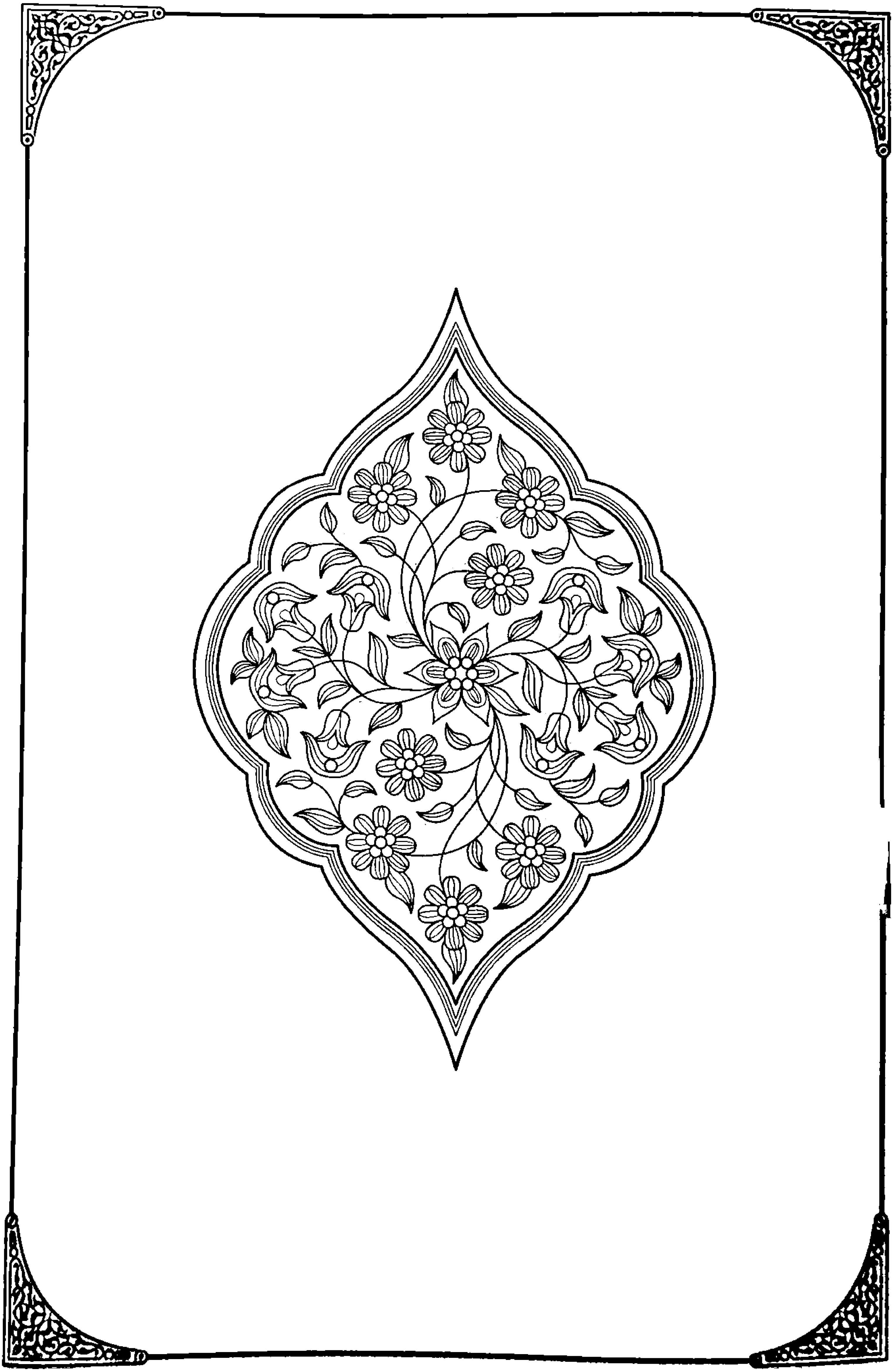
ويُوقَفُ النِّصفُ الآخَرُ، ولا يُدفَعُ إلى وَلَد الابنِ؛ لأن الْمَفقودَ يَحجُبُ ولَدَ الابنِ لو كان حيًّا، فلا يَستحِقُّ ولَدُ الابنِ الإرثَ بالشَّكّ.

ولا يُنزَعُ من يَد الأجنَبيِّ؛ لأن المالَ لا يَخرُجُ من يَد ذي اليدِ بلا خصمٍ، إلا إذا ظَهَرت منه خِيانةٌ، فلا يُؤتمَنُ عليه.

ونَظيرُه: الحملُ، فإنه يُوقَفُ له نَصيبُ ابنٍ واحِدٍ باختِيار الفَتوى، ولو كان معه وارِثٌ آخرُ لا يَسقُطُ بحالٍ، ولا يَتغيَّرُ بالحَمل: يُعطى كلَّ نَصيبِه، وإن كان ممن يَسقُطُ بالحَمل لم يُعطَ، وإن كان ممن يَتغيَّرُ به: يُعطى أقَلَّ النَّصيبَين، كما في الْمَفقود.



كِتَابُ الشَّرِكَةِ



كتاب الشركة

كِتابُ الشِّرْكةِ(١)

تَركيبُها دالٌّ على الخَلط، ومنه: الشِّرْكةُ؛ لتَشارُكها واختِلاطِ بعضِها في بعضٍ.

ويُطلَقُ(٢) هذا الاسمُ على العَقد -أي عقدِ الشِّرْكةِ- وإن لم يُوجَد اختِلاطُ النَّصيبَين: إذ العقدُ سببٌ له.

وشَرعيّتُها بالسُّنّة، فإنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ بُعِث والنّاسُ يُباشِرُونها، فقَرَّرهم عليها(٣).

---

(١) هي لغةً بالكسر والضم، كالمشاركة: خَلطُ الْمِلكين، وتُطلق على العقد.

وشرعًا: اختصاصُ اثنين فأكثَرَ بمحَلٍّ واحد، كما في «الْمُضمَرات». «الدر المنتقى» ٣/ ٢١٧.

شَرِكتُه في الأمر أَشْرَكُه -من باب تعب- شَرِكًا وشَرِكَةً، وِزان كَلِمٍ وكَلِمة، بفتح الأول وكسر الثاني: إذا صرت له شريكًا، وجمع الشريك شركاء وأشراك، وشَرَّكت بينهما في المال تشريكًا، وأشركته في الأمر والبيع -بالألف-: جعلته لك شريكًا، ثم خفف المصدر بكسر الأول وسكون الثاني، واستعمال المخفف أغلب، فيقال: شِركٌ وشِرْكةٌ، كما يقال كِلْمٌ وكِلْمةٌ على التخفيف، نقله الحجة في «التفسير» وإسماعيل بن هبة الله الموصلي على «ألفاظ المهذب»، ونص عليه صاحب «المحكم» وابن القطاع. «المصباح» ١/ ٣١١.

(٢) في (هـ): ومطلق.

(٣) قال في «نصب الراية» ٣/ ٤٧٤: في الباب أحاديث: منها ما أخرجه أبو داود (٤٨٣٦) وابن ماجه (٢٢٨٧) عن سفيان عن إبراهيم بن مهاجر عن مجاهد عن قائد السائب عن السائب بن أبي السائب أنه قال للنبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: كنت شريكي في الجاهلية، فكنت خير شريك، لا تداري ولا تماري... إلخ.

وإجماعِ الأُمَةِ، والْمَعقولِ، فهي طَريقُ ابتِغاءِ الفضلِ، وهو مَشروعٌ بالكِتاب[1].

ثم الشِّرْكَةُ ضَربان:

شِرْكَةُ الْمِلكِ: أن يَملِكَ اثنانِ عَينًا[2]، إرثًا أو شِراءً.

شِرْكَةُ الْمِلكِ، بأن يَملِكَ اثنانِ عَينًا، إرثًا، أو شِراءً، أو هِبةً، أو صَدَقةً، أو وَصِيّةً، أو استِيلاءً، أو يَختلِطَ مالاهما بلا صُنعٍ من أحَدهما، أو يَخلِطَهما خلطًا يَمنَعُ التَّمييزَ أصلًا، كالبُرِّ مع البُرِّ، أو ألّا يَخرُجَ، كالبُرِّ مع الشَّعيرِ.

ورُكنُها: اجتِماعُ النَّصيبَين.

وحُكمُها: وُقوعُ الزِّيادةِ على الشِّرْكة بقَدْر الْمِلكِ.

ولا يَجوزُ لأحَدهما أن يَتصرَّفَ في نَصيب الآخَرِ إلا بأَمره.

وكُلٌّ أجنَبِيٌّ في قِسط غيرِه.

وكلُّ واحِدٍ منهما كالأجنَبِيّ في نَصيب صاحِبِه، ويَجوزُ بيعُ أحَدِهما نَصيبَه من شَريكه في جَميع الصُّوَرِ، ومن غَير شَريكِه بغَير إذنِه، إلا في صُورة الخلطِ والاختِلاطِ، فإنه لا يَجوزُ إلا بإِذنه.

والفرقُ: أن الشِّرْكةَ ثَمَّ بِناءً على سبَبٍ مَوضوعٍ للمِلك، فيَجوزُ له البيعُ مُطلَقًا، وهنا بِناءً على ما هو غيرُ مَوضوعٍ للمِلك، فلم يَجُز بيعُه من غَيره بلا إذنه؛ إظهارًا لانحِطاط رُتبتِه.

---

(١) قال تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِي ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ وَٱذْكُرُواْ ٱللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الجمعة: ١٠].

(٢) العين: ما ضرب من الدنانير، وقد يقال لغير المضروب عين أيضًا، قال في «التهذيب»: والعين النقد، يقال اشتريت بالدين أو بالعين. «المصباح»، ٢/ ٤٤٠.

والعقدِ: أن يَقولَ أحَدُهما: (شارَكتُك فيه)، ويَقبَلَ الآخَرُ.

وشِرْكةُ العقدِ.

ورُكنُها: الإيجابُ والقَبولُ.

وهو: أن يَقولَ أحَدُهما: شارَكتُك في كذا وكذا، ويَقولَ الآخَرُ: قَبِلتُ.

وشرطُها: أن يَكونَ التَّصرُّفُ الذي عَقَدا الشِّرْكةَ عليه قابِلًا للوَكالة؛ ليَكونَ الْمُستفادُ بالتَّصرُّف مُشتركًا بينَهما، فيَتحقَّقَ حُكمُها، وهو الشِّرْكةُ في المال.

ثم الجائِزُ من شِرْكة العقدِ أربَعةٌ: مُفاوَضةٌ، وعِنانٌ، وتَقبُّلٌ، ووُجوهٌ.

وهي **مُفاوَضةٌ**(ك ف)(1) إن تَضمَّنت وَكالةً وكَفالةً، وتَساوَيا مالًا، وتَصرُّفًا، ودِينًا.

فأما **الْمُفاوَضةُ**: فتَقتَضي الوَكالةَ بأَعمال التِّجارةِ وتَوابِعِها؛ ليَتحقَّقَ الْمَقصودُ، وهو الشِّرْكةُ في الْمُشترَى؛ إذ التَّصرُّفُ في مال الغيرِ أو ذِمّتِه لا يَصِحُّ إلا بوِلايةٍ أو وَكالةٍ، ولا وِلايةَ، فتَعيَّنت الوَكالةُ.

والكَفالةَ بضَمان التِّجارةِ ولَواحِقِها؛ لتَتحقَّقَ(2) الْمُساواةُ فيما هو من مَواجِب التِّجارةِ، وهو تَوجُّهُ الْمُطالَبةِ نحوَهما.

والتَّساويَ في المال، والرِّبحِ، والتَّصرُّفِ، والدِّينِ؛ لأنها شِرْكةٌ على العُموم في جِنس التِّجاراتِ؛ لأنها تُنبِئُ عن الْمُساواة، قال الشّاعرُ:

لا يَصلُحُ النّاسُ فَوضى لا سَراةَ لهم ... ولا سَراةَ إذا جُهّالُهم سادُوا

(1) وهي: مُفاعَلةٌ من التفويض، بمعنى المساواة في كلِّ شيء، ذَكَره ابنُ الأثير وغيرُه.
وفيه إشعارٌ بأن المزيد قد يُشتقُّ من المزيد إذا كان أشهر، وهو خلاف المشهور، ذكره القُهُستاني. «الدر المنتقى» ٣/ ٢٢٥.

(2) في (و): لتحقق.

أي مُتساوِين، فلا بُدَّ من تَحقيق الْمُساواةِ ابتِداءً وانتِهاءً.

وذا **في المال**، والْمُرادُ به: ما تَصِحُّ الشِّرْكةُ فيه، ولا عِبرةَ بالتَّفاضُل فيما لا تَصِحُّ الشِّرْكةُ فيه، كالعَرْض، والعَقارِ.

والتَّصرُّفِ، حتى لو مَلَك أحَدُهما تصرُّفًا لا يَملِكُه الآخَرُ تفوتُ الْمُساواةُ.

والدِّينِ؛ لِما يَجيءُ إن شاء اللهُ تَعالى.

والقِياسُ: أن لا تَجوزَ شِرْكةُ الْمُفاوَضةِ، وهو قولُ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، لأنها تَتضمَّنُ الوَكالةَ بشِراء شيءٍ مَجهولِ الجِنسِ، والكَفالةَ للمَجهول بالْمَجهول، فإنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يَكونُ كَفيلًا عن صاحِبه فيما يَلزَمُه بجِهة التِّجارةِ، وكلٌّ بانفِراده فاسِدٌ، فعندَ الانضِمامِ أَولى.

وقال مالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا أَدري ما الْمُفاوَضةُ.

وهو تَناقُضٌ؛ لأنه إذا لم يَعرِفه كيف يَحكُمُ بالفَساد؛ إذ لا تَصديقَ بلا تَصوُّرٍ.

ولنا: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «فاوِضوا؛ فإنه أعظَمُ للبَركة»(1)، وقولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «إذا فاوَضتُم فأحسِنوا الْمُفاوَضةَ»(2).

وتَعامُلُ النّاسِ بلا نكيرٍ، وبمِثله يُترَكُ القِياسُ، كما في الاستِصناع ودُخولِ الحمّامِ؛ وهذا لأن تَعامُلَهم بلا نكيرٍ كالإجماع، ويُترَكُ القِياسُ بالإجماع.

ولأنها تَتضمَّنُ الكَفالةَ والوَكالةَ، وكلُّ واحِدةٍ تَصِحُّ قصدًا، فكذا في ضِمن الشِّرْكةِ،

---

(1) قال في «نصب الراية» ٣/ ٤٧٥: غريب، وأخرج ابن ماجه في «سننه» في التجارات (٢٢٨٩)، قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ثلاث فيهن البركة: البيع إلى أجل، والمقارضة، وأخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع». انتهى. ويوجد في بعض نسخ ابن ماجه (المفاوضة) عوض (المقارضة). اهـ.

(2) ذكره القدوري في «التجريد» ٦/ ٣٠٢٦، وقال في «البناية» ٧/ ٣٧٧: غريب.

والجَهالةُ مُبطِلَة باعتِبار الْمُنازَعةِ لا بذاتها.

ولأن ثُبوتَهما[1] بطَريق الضِّمنِ، ورُبَّ شيءٍ لا يَثبُتُ قصدًا ويَثبُتُ ضِمنًا؛ ألا تَرى أن شِرْكةَ العِنانِ والْمُضارَبةَ تَقتضِيان التَّوكيلَ بشِراء شيءٍ مَجهولِ الجِنسِ، وقد صَحّتا[2].

ولا تَنعقِدُ الْمُفاوَضةُ إلا بلَفظ الْمُفاوَضةِ؛ لأن أكثَرَ النّاسِ لا يَعرِفون جَميعَ شَرائطِ الْمُفاوَضةِ، فيُجعَلُ تَصريحُهما بالْمُفاوَضة قائِمًا مَقامَ ذلك كلِّه.

فإن بَيَّنا جَميعَ ما تَقتَضي الْمُفاوَضةُ: صَحَّت؛ إذ العِبرةُ للمَعنى لا للَّفظ.

وتَصِحُّ بينَ الحُرَّين الكَبيرَين العاقِلَين[3]، مُسلِمَين كانا أو ذِمِّيَّين، أو كان أحَدُهما كِتابيًّا، والآخَرُ مَجوسيًّا؛ لتَحقُّق التَّساوِي بينَهما في الْمِلك، والتَّصرُّفِ، وأهليّةِ الكَفالةِ والوَكالةِ.

فلا تَصِحُّ بينَ حُرٍّ وعبدٍ، وصَبِيٍّ وبالِغٍ، ومُسلِمٍ وكافِرٍ(س).

ولا تَصِحُّ بينَ حُرٍّ وعبدٍ، وصَبيٍّ وبالِغٍ؛ لفَقد التَّساوِي؛ إذ الحُرُّ البالِغُ يَستبِدُّ بالتَّصرُّف والكَفالةِ، والعبدُ لا يَملِكُ واحِدًا منهما إلا بإذن السَّيِّدِ، والصَّبيُّ لا يَملِكُ الكَفالةَ، أَذِن له وليُّه أوْ لا، ويَملِكُ التَّصرُّفَ بإذنه.

ومُسلِمٍ وكافِرٍ عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَجوزُ، وتُكرَهُ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما من أَهل الكَفالةِ والوَكالةِ على الإطلاق، فتَصِحُّ الْمُفاوَضةُ بينَهما، كالْمُسلِمَين، والذِّمِّيَّين.

---

(١) في (ج) و(هـ): ثبوتها.

(٢) في (ج): صحتا بالإجماع.

(٣) مثبتة من (هـ).

ولا مُعتبَرَ بتَفاوُتِهما في التَّصرُّف من حيث إن الْمُسلِمَ لا يَتصرَّفُ في الخَمر والخِنزيرِ، والذِّمِّيّ يَتصرَّفُ فيهما؛ فالْمُفاوَضةُ تَصِحُّ بينَ الكِتابيِّ والْمَجوسيِّ، وهو يَتصرَّفُ في الْمَوقوذة؛ لاعتِقاده ماليَّتَها، لا الكِتابيُّ.

وكذا تَصِحُّ بينَ الحَنَفيِّ والشّافعيِّ، وهو يَتصرَّفُ في مَتروكِ التَّسميةِ عمدًا، والحَنَفيُّ في الْمُثلَّث.

وإنما تُكرَهُ: لأن الذِّمِّيَّ لا يَهتَدي[1] إلى التَّصرُّف الجائزِ، فربما يَصيرُ سببًا لوُقوعِ الْمُسلِمِ في الحَرام.

ولهما: أن مَبنى الْمُفاوَضةِ على الْمُساواة، ولا مُساواةَ بينَهما في التَّصرُّف ومحَلِّه، فالخمرُ والخِنزيرُ مُتقوَّمان في حقِّ الذِّمِّيِّ، وصَحَّ تَصرُّفُه فيهما بيعًا وشِراءً، ولا تَقوُّمَ لهما في حقِّ الْمُسلِمِ.

بخِلاف الْمُفاوَضةِ بينَ الكِتابيِّ والْمَجوسيِّ؛ لأنَّ مَن يَجعَلُ الْمَوقوذةَ مالًا مُتقوَّمًا في حقِّهم لا يَفصِلُ فيه بينَ الكِتابيِّ والْمَجوسيِّ، فتَتحقَّقُ الْمُساواةُ بينَهما في التَّصرُّف.

والْمُساواةُ مُتحقِّقةٌ بينَ الحَنَفيِّ والشّافعيِّ؛ لِقيام الدَّلالةِ على عَدَم تَقوُّمِ مَتروكِ التَّسميةِ عمدًا، ولا يَحِلُّ التَّصرُّفُ فيه للحَنَفيِّ والشّافعيِّ؛ لثُبوت وِلايةِ الإلزامِ[2] بالْمُحاجّة، فتَتحقَّقُ الْمُساواةُ بينَهما في المال والتَّصرُّفِ.

ولا تَصِحُّ بينَ العَبدَين، وبينَ الصَّبِيَّين، وبينَ الْمُكاتَبَين؛ لأن مَبنى الْمُفاوَضةِ على أن يَكونَ كلُّ واحِدٍ منهما كَفيلًا عن صاحِبه، وهم ليسوا بأَهل الكَفالةِ[3]، وفي

---

(١) في (أ): لا يهدي.

(٢) في (ب): الالتزام.

(٣) في (ب) و(هـ): للكفالة.

كلِّ مَوضِعٍ لم تَصِحَّ الْمُفاوَضةُ لفَقد شرطِها، وذا ليس بشرطٍ في العِنان.. كانت عِنانًا؛ لوُجود شَرائطِ العِنانِ.

وهذا لأن الْمُفاوَضةَ أعَمُّ من العِنان، فإذا بَطَل مَعنى العُمومِ بَقِي مَعنى الخُصوصِ، فجاز إثباتُ العِنانِ بلَفظ الْمُفاوَضةِ، كما جاز إثباتُ الخُصوصِ بلَفظ العُمومِ، والعِنانُ قد يَكونُ عامًّا، وقد يَكونُ خاصًّا، فهذا عِنانٌ عامٌّ.

وما يَشتَريه كلٌّ يَقَعُ مُشتركًا، إلا طَعامَ أهلِه، وكِسوتَهم.

وما يَشتَريه كلُّ واحِدٍ منهما يَقَعُ على الشِّرْكة؛ لأن مُقتَضى الْمُفاوَضةِ[1] الْمُساواةُ، وكلُّ واحِدٍ منهما قائِمٌ مَقامَ صاحِبِه في التَّصرُّف، فكان شِراءُ أحَدِهما كشِرائهما.

إلا طَعامَ أهلِه، والإدامَ، وكِسوتَهم، وكِسوتَه، فإنها تَكونُ له خاصّةً استِحسانًا، **والقِياسُ**: أن تَكونَ على الشِّرْكة؛ لأنها من عُقود التِّجارةِ، فكان من جِنس ما تَناوَله عقدُ الشِّرْكةِ.

وجهُ الاستِحسانِ: أنها مُستثنًى من مُقتَضى الْمُفاوَضةِ ضَرورةً؛ إذ كلُّ واحِدٍ منهما حينَ شارَكَ صاحِبَه كان عالِمًا بحَاجته إلى ذلك في مُدّة الْمُفاوَضةِ، ومَعلومٌ أن كلَّ واحِدٍ منهما لم يَقصِد بالْمُفاوَضة أن تكونَ نَفقَتُه ونَفَقةُ عِيالِه على شَريكه، وأنه لا يَتمكَّنُ من تَحصيل حاجتِه إلا بالشِّراء، فصار كلُّ واحِدٍ منهما مُستثنِيًا هذا القَدْرَ من تَصرُّفه مما هو مُقتَضى الْمُفاوَضةِ، والاستِثناءُ الْمَعلومُ بدَلالة الحالِ كالاستِثناء الْمَشروطِ.

وللبائِع أن يُطالِبَ بثَمَن الطَّعامِ أيَّهما شاء، الْمُشتريَ بالأَصالة؛ حيث باشَر سبَبَ الالتِزامِ، وصاحِبَه بالكَفالة؛ لأنه كَفَل عنه ما لَزِمه بالشِّراء بسَبَب الشِّرْكةِ، ويَرجِعُ الكَفيلُ على الْمُشتَري إن أدّى من مال الشِّرْكةِ بقَدْر حِصّتِه؛ لأن الثَّمَنَ كان عليه خاصّةً، وقد

(١) في (ب): المعاوضة، والمثبت من (هـ).

قَضى من مال الشِّرْكةِ.

وكلُّ دَينٍ لَزِم أحَدَهما بتِجارةٍ، وغصبٍ(س)، وكَفالةٍ(س م)، وإعارةٍ(س م) للرَّهن: لَزِم الآخَرَ.

وكلُّ دَينٍ لَزِم أحَدَهما بالتِّجارة، كالبَيع، والشِّراءِ، والإجارةِ، أو بما يُشبِهُها، كالغَصب، والاستِهلاكِ، والكَفالةِ بالمال بالأمر، والإعارةِ للرَّهن.. فالآخَرُ ضامِنٌ له؛ تَحقيقًا للمُساواة التي هي مُقتَضى هذه الشِّرْكةِ فيما يَجِبُ لهما وعليهما فيما يَجوزُ أن يَدخُلَ تحتَ الشِّرْكةِ.

وهذا في التِّجارة بلا خِلافٍ، وفي الغَصب والاستِهلاكِ خِلافُ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: أنه دَينٌ وَجَب لا بسَبَب التِّجارةِ، والدّاخلُ تحتَ العقدِ التِزامُ ضَمانِ التِّجاراتِ دونَ ضَمانِ العُدواناتِ، فشابَه ما يَجِبُ بالجِناية على الآدَميّ، والنِّكاحَ، والخُلعَ، والصُّلحَ عن دَم العمدِ، وعن النَّفَقة، فإن ما يَلزَمُ أحَدَهما من الأَرْش، والمهرِ، وبدَلِ الخُلعِ، والصُّلحِ.. لا يَلزَمُ الآخَرَ؛ لأنها لم تَدخُل تحتَ الْمُفاوَضةِ؛ لكَونها ليست بتِجارةٍ؛ إذ هي مُبادَلةُ المالِ بالمال، والأَرْشُ بمُقابَلة الدَّمِ، والمهرُ وبدَلُ الخُلعِ بمُقابَلة البُضعِ، والنَّفَقةُ بإزاء الاحتِباسِ، وشيءٌ منها ليس بمالٍ، فالحالُ بعدَ الْمُفاوَضةِ كالحال قبلَها، وقبلَها لا يُؤخَذُ به الآخَرُ، فكذا بعدَها.

ولهما: أنه ضَمانُ تِجارةٍ؛ لأن ضَمانَ الغصبِ يَجري مَجرى الأعواضِ؛ لثُبوت الْمِلكِ في الْمَضمون ببدَلٍ واجِبٍ عليه؛ إذ الْمَضموناتُ تُملَكُ عندَ أداءِ الضَّمانِ مُستنِدًا إلى وَقت وُجودِ السَّبَبِ، وعندَه المحَلُّ قابِلٌ للمِلك، ومن هذا الوجهِ صَحَّ إقرارُ العبدِ أو الصَّبيِّ الْمَأذونِ والْمُكاتَبِ بذلك.

وكلُّ واحِدٍ كَفيلٌ عن صاحِبه في التِّجارات، وفي الكَفالة خِلافُ أبي يوسفَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

لهما: أن الكَفالةَ تبرُّعٌ، حتى لا تَصِحُّ ممن ليس بأَهله، كالصَّبيِّ أو العبدِ الْمَأذونِ والْمُكاتَبِ، ولو حَصَلت من الْمَريض تُعتبرُ من الثُّلُث، وكلُّ واحِدٍ منهما كَفيلٌ عن صاحِبه فيما يَلزَمُه بالتِّجارة دونَ التَّبرُّعِ[1]، ولهذا لا تَصِحُّ الهِبةُ والصَّدَقةُ والإقراضُ من أَحَدهما في حقِّ شَريكِه، فكذا الكَفالةُ، وصارت كالكَفالة في النَّفس.

وله: أنها تَبرُّعٌ ابتِداءً، ولكنها تَنقلِبُ مُعاوَضةً بَقاءً؛ لأنه يَرجِعُ بما يُؤدِّي على الْمَكفول عنه إذا كَفَل بأَمره، وكَلامُنا في البَقاء؛ لأنَّا نَقولُ: يَلزَمُ شَريكَه بعدَما لَزِم عليه.

بخِلاف الْمَأذونِ والْمُكاتَبِ والْمَريضِ؛ لأن الكَلامَ ثَمَّ وَقَع في الابتِداء، حتى لو أَقَرَّ الْمَريضُ بالكَفالة يُعتبرُ من كلِّ المالِ؛ لأن الإقرارَ يُلاقِي حالةَ البَقاءِ.

وبخِلاف الكَفالةِ بالنَّفس؛ لأنها تَبرُّعٌ ابتِداءً وبَقاءً؛ إذ لا يَستوجِبُ قتلُ الْمَكفولِ عنه شيئًا.

وأما الإقراضُ[2]: فمَمنوعٌ، فعن أبي حنيفةَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: أنه يَنفُذُ على صاحِبه، ولئن سُلِّم فهو تَبرُّعٌ بَقاءً؛ ألا تَرى أنه إعارةٌ بمَنفَعة[3] مالِه على وجهٍ يَستهلِكُه، وليس للمَردود حُكمُ العِوَضِ، بل حُكمُ العَينِ، حتى بَطَل تَأجيلُه.

ولو كَفَل بمالٍ بغَير أمرِ[4] الْمَكفولِ عنه لم يُؤخَذ به شَريكُه اتِّفاقًا؛ لأنه ليس فيها

(١) في (ج): دون التبرع ابتداء.

(٢) في (هـ): الإقرار.

(٣) في (هـ): منفعة.

(٤) في (ب): إذن.

مَعنى الْمُعاوَضةِ[1] بحالٍ.

والإعارةُ للرَّهن نَظيرُ الكَفالةِ خِلافًا وتَعليلًا، فقالا: إعارةُ أحَدِهما شيئًا رَجُلًا ليَرهَنَه بدَينٍ عليه تَبرُّعٌ، فلا يَنتظِمُهما[2] عقدُ الْمُعاوَضةِ[3].

وقال: إنها مُعاوَضةٌ انتِهاءً؛ إذ لو هَلَكَ الْمَرهونُ في يَد الْمُرتهِنِ يَرجِعُ الْمُعيرُ على الرّاهِنِ بقَدْرِ ما سَقَط من دَينه.

وإن أقَرَّ لمن لم تَجُز شَهادتُه له: لا(س م).

وإن أقَرَّ أحَدُهما بدَينٍ لمن لم تَجُز شَهادتُه له بوِلادٍ أو زَوجيّةٍ: لا يَلزَمُ الآخَرَ عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وعندَهما: يَلزَمُه.

وأصلُه: أن الوَكيلَ لا يَملِكُ العقدَ مع هؤلاء عندَه، خِلافًا لهما، وسيَأتي في مَوضِعه إن شاء اللهُ تَعالى.

وتَصيرُ[4] عِنانًا[5] إن وُهِب لأحَدهما، أو وَرِث.. ما صَحَّ فيه الشِّرْكةُ.

وتَصيرُ الْمُفاوَضةُ عِنانًا: إن وُهِب لأحَدهما، أو وَرِث ما صَحَّ فيه الشِّرْكةُ.

اعلَم أنه إذا وَصَل إلى يَد أحَدِ الْمُتفاوِضَين مالٌ يَصِحُّ رأسَ مالِ الشِّرْكةِ، كالدَّراهِم والدَّنانيرِ.. بالإرث، أو الهِبةِ، أو الصَّدَقةِ: تَبطُلُ الْمُفاوَضةُ، وتَصيرُ عِنانًا..

---

(١) في (ب): المفاوضة.

(٢) في (ب) و(ج) و(هـ): فلا ينتظمها.

(٣) في (و): المفاوضة.

(٤) في (م): شهادته له، ولا تصير.

(٥) العِنان: بالكسر، وتُفتح، ويُقال: شِركةُ العِنان مِن عَنَّ له كذا، بمعنى العَرْض، أو الحبس، أو من عِنان الدابة، أو مصدر عانَّه، أي: عارضه. «الدر المنتقى» ٣/ ٢٣١-٢٣٢.

لأن الْمُساواةَ فيما يَصلُحُ رأسَ مالِ الشِّرْكةِ شرطٌ للمُفاوَضة ابتِداءً وبقاءً، وقد فَاتت؛ إذ الآخَرُ لا يُشارِكُه فيما أَصابه؛ لأنه إنما يُشارِكُه فيما حَصَل بسَبَب التِّجارةِ أو بما يُشبِهُها؛ لثُبوت الوَكالةِ في ذلك، وهذه الأسبابُ[1] ليست بتِجارةٍ.

إلا أنها تَنقلِبُ عِنانًا: لعَدَم اشتِراطِ الْمُساواةِ فيه، وهذا العقدُ غيرُ لازِمٍ، فيَكونُ لدَوامه حُكمُ الابتِداءِ، كالوَكالة الْمُفرَدةِ، فكأنهما أنشَآ الشِّرْكةَ في الحال ولا مُساواةَ بينَهما، فتكونُ عِنانًا.

وإنما تَبطُلُ الْمُفاوَضةُ إذا قَبَض الدَّراهِمَ أو الدَّنانيرَ، فإن لم يَقبِضها لم تَبطُل؛ لأن الدَّينَ لا يَصلُحُ رأسَ مالِ الْمُفاوَضةِ، فإذا قَبَضها الآنَ ازدَاد مالُ أَحَدِهما من جِنس رأسِ مالِ الْمُفاوَضةِ، فتَبطُلُ الْمُفاوَضةُ.

وبهذا وَضَح أن قولَه[2] في «الهِداية»: (ووَصَل إلى يَده) يَرجِعُ إلى الهِبة والإرثِ.

وإن كان الْمَوهوبُ أو الْمَوروثُ لا يَصلُحُ رأسَ مالِ الشِّرْكةِ، كالعَرْض، والعَقارِ، والدَّينِ: لا تَبطُلُ الْمُفاوَضةُ؛ لأن الْمُساواةَ فيما لا يَصلُحُ رأسَ مالِ الشِّرْكةِ ليست بشرطٍ للمُفاوَضة.

فالحاصِلُ: أن الْمُفاوَضةَ ليست بلازِمةٍ، وما ليس بلازِمٍ من العُقود فلدَوامه حُكمُ الابتِداءِ، فصَارت الْمُفاضَلةُ[3] في حال[4] الدَّوامِ كالْمُفاضَلة[5] في ابتِداء الشِّرْكةِ، ثم

---

(١) في (ج) و(هـ): الأشياء.

(٢) في (ج): وبهذا صح قوله.

(٣) في (ج) و(هـ): المفاوضة.

(٤) في (هـ): حكم.

(٥) في (ج): كالمفاوضة.

الْمُفاضَلةُ[1] في النُّقود في الابتِداء تَمنَعُ انعِقادَ الْمُفاوَضةِ، فتَمنَعُ بَقاءَها، والْمُفاضَلةُ في العُروض والعَقارِ والدَّينِ لا تَمنَعُ ابتِداءَها، فلا تَمنَعُ بَقاءَها.

ولا تَصِحُّ بغَير(ك) النَّقدَين، والتِّبر والفَلْسِ(س م)[2] النّافِقَين[3]، وإن خُلِطا(م).

ولا تَصِحُّ شِرْكةُ المالِ -مُفاوَضةً كانت أو عِنانًا- إلا بالدَّراهِم، والدَّنانيرِ، والتِّبرِ والفَلْسِ النّافِقَين.

وقال مالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَجوزُ في العُروض إذا اتَّحَد الجِنسُ؛ لاشتِراكهما في رَأس مالٍ مَعلومٍ، فصَارت كالنُّقود، واشتِراطُ الاتِّحادِ بِناءً على أن الخلطَ شرطٌ عندَه.

وإنما لم تَصِحَّ الْمُضارَبةُ بها: لأنها جُوِّزت بخِلاف القِياسِ؛ لِما فيها من رِبح ما لم يُضمَن، فاقتُصِر على مَورِد الشَّرعِ.

ولنا: أن الشِّرْكةَ في العُروض والْمَكيلِ والْمَوزونِ تُؤدِّي إلى رِبح ما لم يُضمَن؛ لأنه إذا كان رأسُ المالِ عَرْضًا صار كلُّ واحِدٍ وَكيلًا عن صاحِبه ببَيع مَتاعِه على أن يَكونَ له بعضُ رِبحِه، والوَكيلُ بالبَيع أمينٌ، فإذا شُرِط له جُزءٌ من الرِّبح كان رِبحَ ما لم يُضمَن.

بخِلاف النُّقودِ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما وَكيلٌ ثَمَّ عن صاحِبه بالشِّراء بماله، وما يَشتَري كلُّ واحِدٍ برَأس المالِ لا يَتعلَّقُ به، بل يَثبُتُ في الذِّمّة؛ لعَدَم تَعيُّنِها بالتَّعيين، فيكونُ الثَّمَنُ واجِبًا عليهما، فيَكونُ الْمُثْمَنُ[4] والرِّبحُ بينَهما ضَرورةً، فيَكونُ رِبحَ

---

(١) في (هـ): المفاوضة.

(٢) الفَلْس جمعه فُلُوس وأفلُس: قطعة من النحاس يتعامل بها الناس.

نوع من النقود المضروبة من غير الذهب والفضة قيمتها سدس درهم.

من الأوزان الدقيقة: يساوي جزءًا من اثنين وسبعين جزءًا من الحبة. «لغة الفقهاء» ص٣٥٠.

(٣) النَّفاق: الرواج، وانظر «المغرب» ص٤٧٣.

(٤) في (هـ): الثمن.

ما ضُمِن.

ولأن رأسَ المالِ لو كان عَرْضًا[١] فأوَّلُ تصرُّفٍ يُوجَدُ بعدَ الشَّرْكةِ يَكونُ بيعًا، ولا يَصِحُّ أن يَبيعَ أحدٌ مالَه على أن يَكونَ غيرُه شَريكَه في الثَّمَن، وهنا أوَّلُ التَّصرُّفِ يَكونُ شِراءً، ويَجوزُ أن يَشتريَ إنسانٌ بماله شيئًا على أن يَكونَ بينَه وبينَ غيرِه.

وأما الفُلوسُ النّافقةُ[٢]: فلأنها[٣] تَروجُ كالأثمان، فأخذت حُكمَها.

وقِيل: هذا عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لكَونها مُلحَقةً بالنُّقود عندَه، وعندَهما: لا تَصِحُّ الشِّرْكةُ والْمُضارَبةُ بها؛ لأن الرَّواجَ في الفُلوس عارِضٌ ثَبَت باصطِلاح النّاسِ، وذا يَتبدَّلُ ساعةً فساعةً، فيَصيرُ عَرْضًا، فلا يَصلُحُ رأسَ المالِ في الشِّرْكة والْمُضارَبةِ.

وهذا لأنه يَجوزُ أن يُريدا قِسمةَ الرِّبحِ وقد كَسَدت الفُلوسُ، فيَحتاجان إلى رَفع رأسِ المالِ من البين[٤]، ولا يُمكِنُ رفعُه بالعَدَد؛ لانتِقاص الماليّةِ بالكَساد، ولا بالقِيمة[٥]؛ لأنها تُعرَفُ بالحَزْر والظَّنِّ، وذا مَنشَأُ الخِلافِ والنِّزاعِ[٦].

وذَكَر الكَرخيُّ قولَ أبي يوسفَ مع محمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ، والأقيَسُ أن يَكونَ قولُه مع أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه إذا باع فَلْسًا بعَينه بفَلْسَين مُعيَّنَين يَجوزُ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ، وتَتعيَّنُ الفُلوسُ بالتَّعيين، كالجَوز والبيضِ.

---

(١) في (هـ): عوضًا.

(٢) في (ج): وأما الشركة بالفلوس النافقة.

(٣) في (هـ): فلا، وفي (و): فإنها.

(٤) في (هـ): اثنين.

(٥) في (ب): بالقسمة.

(٦) في (ج): فيؤدي إلى الخلاف والنزاع.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَجوزُ، ولا تَتعيَّنُ الفُلوسُ الرّائجةُ بالتَّعيين[1]، كالنُّقود[2].

فكذا في حُكم الشِّرْكةِ.

وعن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه تَصِحُّ الْمُضارَبة بها، قال الشَّيخُ أبو الحسَنِ عليُّ بنُ محمدٍ الإسبِيجابيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «الْمَبسوط»: **الصَّحيحُ** أن عقدَ الشِّرْكةِ على الفُلوس يَجوزُ على قَول الكلِّ؛ لأنها صارت ثَمَنًا باصطِلاح النّاسِ، ولهذا لو اشتَرى شيئًا بفُلوسٍ بعَينها لم تَتعيَّن تلك الفُلوسُ للثَّمَنيّة، حتى لا يَفسُدُ العقدُ بهَلاكها قبلَ القبضِ.

وأما التِّبرُ -وهو ما كان غيرَ مَضروبٍ من الذَّهب والفِضّةِ-: فقد جُعِل في شِرْكة «الأصلِ» و«الجامعِ الصَّغيرِ» بمَنزِلة العُروضِ، فلم يَصلُح رأسَ مالِ الشِّرْكةِ

(١) في (ج): بالتعيين والتنصيص.

(٢) تنبيه: مسألة الفلوس النافقة -وتدخل فيها الأوراق النقدية اليوم- وتبعيتها للأثمان أو العروض مما اختلف فيه المعاصرون بناءً على اختلاف المتقدمين، ومما لا يخفى أن المسألة لم يعد الخلاف فيها اليوم كالخلاف في السابق، فالفقهاء المتقدمون عندما بحثوها كان الذهب والفضة رئيسًا الأثمان، ولم تكن الفلوس أمامهما بذلك المحل الكبير، أما اليوم فقد انعدم البيع والشراء بالذهب والفضة، بل وجَرَّمت بعض الدول كل من يعقد بهما دون عملتها الورقية المحلية، كسورية مثلًا، فلم يعد يعقد بهما أحد، ولم يعودا متداولين في البياعات، وصار الفلس رئيس الأثمان بل وأوحدها، وكان قبل عقود مرتبطًا بالذهب ومنذ فك هذا الارتباط صارت العملة الورقية مرتبطة بالقوة العسكرية والاقتصادية والسياسية للدول، تغلو وترخص وتكسد وتنقطع بناءً على ذلك.

وبعد بيان هذا الفارق هل يصح أن يقال اليوم إن الفلوس عروض، وإنها تزكى زكاة العروض، وإن الربا لا يجري فيها، بل ولم يبق محلٌّ للربا اليوم؟! بناءً على نص للفقهاء ليس له ظروف وملابسات وبيئة الذي نعيشه اليوم!

لا أظن أن مؤمنًا بالله عَزَّوَجَلَّ وبرسوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يتجاسر على الإفتاء بذلك، أو يسوِّغ الخلاف في المسألة، وقد رأينا من رَخُص عليه دينه -بل كسد وانقطع- ممن يفتي بذلك كيف فتح لأَكَلة الربا والبنوك باب المحق والحرب على مصراعيه، نسأل الله تعالى السلامة والعافية.

والْمُضارَبةِ، وجُعِل في صَرف «الأصلِ» كالأثمان، حتى لا[1] يَنفسِخُ العقدُ بهلاكه قبلَ التَّسليمِ، فتَجوزُ الشِّرْكةُ به؛ لأن الذَّهبَ والفِضّةَ خُلِقا ثَمَنَين.

وجهُ الأوَّل -وهو ظاهِرُ الْمَذهَبِ-: أن الثَّمَنيّةَ تَختصُّ بالضَّرب الْمَخصوصِ؛ إذ قبلَ الضَّربِ يَجوزُ أن يُصرَفَ إلى شيءٍ آخرَ، وبعدَه لا يُصرَفُ إلى شيءٍ آخرَ ظاهِرًا.

قالُوا: الْمُعتبَرُ فيه العُرفُ، ففي كلِّ بَلدةٍ جَرى التَّعامُلُ بالْمُبايَعة[2] بالتِّبر فهو كالنُّقود، لا يَتعيَّنُ في العُقود، وتَصِحُّ الشِّرْكةُ به، وتركُ التَّعامُلِ باستِعماله ثَمنًا بمَنزِلة الضَّربِ الْمَخصوصِ، وفي كلِّ بَلدةٍ لم يَجْرِ التَّعامُلُ بالْمُبايَعة بالتِّبر فهو كالعُروض، يَتعيَّنُ في العُقود، ولا تَصِحُّ الشِّرْكةُ به.

وأما الْمَكيلُ، والْمَوزونُ، والعدَديُّ الْمُتقارِبُ: فلا تَصِحُّ الشِّرْكةُ بها اتِّفاقًا قبلَ الخلطِ، ولكلِّ واحِدٍ منهما مَتاعُه، وله رِبحُه، وعليه وَضيعتُه.

وإن خَلَطا ثم اشتَرَكا، والجِنسُ مُتَّحِدٌ: فكذلك عندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، لا تَصِحُّ الشِّرْكةُ، ويَكونُ الْمَخلوطُ مُشترَكًا بينَهما شِرْكةَ مِلكٍ، وهو ظاهِرُ الرِّوايةِ، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: شِرْكةَ عقدٍ.

وفائِدةُ الخِلافِ: تَظهَرُ فيما إذا شَرَطا الرِّبحَ لأحَدهما زِيادةً على نَصيبه، فعندَ أبي يوسفَ: لا تُستحَقُّ تلك الزِّيادةُ، بل الرِّبحُ لكلِّ واحِدٍ منهما بقَدْر مِلكِه، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: بينَهما على ما شَرَطا.

وجهُ الظّاهِرِ: أن ما صَلَح رأسَ مالِ الشِّرْكةِ لا يَختلِفُ الحُكمُ فيه بالخَلط وعدَمِه، كالنُّقود، فكذا ما لا يَصلُحُ رأسَ مالِ الشِّرْكةِ لا يَختلِفُ الحُكمُ فيه بالخَلط وعدَمِه؛

---

(١) سقطت من (و).

(٢) في (ج): بالمعاملة.

وهذا لأن قبلَ الخلطِ إنما لم تَصِحَّ[1] الشِّرْكةُ به: لأنه يَتعيَّنُ بالتَّعيين، وهذا الْمَعنى لا يَبطُلُ بالخَلط.

ولمحمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الْمَكيلَ أو الْمَوزونَ عَرْضٌ من وجهٍ، حتى يَتعيَّنُ بالتَّعيين، ثَمَنٌ من وجهٍ، حتى يَصِحُّ الشِّراءُ به دَينًا في الذِّمّة؛ إذ هو من أَحكام الثَّمَنِ، فلشَبَهه بالعَرْض لم تَصِحَّ الشِّرْكةُ به قبلَ الخلطِ، ولشَبَهه بالثَّمَن صَحَّت الشِّرْكةُ به بعدَ الخلطِ؛ تَوفيرًا على الشَّبَهَين حظَّهما، بخِلاف العُروضِ؛ لأنها ليست بثَمَنٍ بحالٍ.

ولو اختَلَفا جِنسًا، كالبُرِّ والشَّعيرِ، والزَّيتِ والسَّمنِ، فخَلَطا: لا تَنعقِدُ الشِّرْكةُ عندَهم، وإن كانت شَرْكةُ الْمِلكُ ثابتةً.

والفرقُ لمحمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الْمَخلوطَ من جِنسٍ واحِدٍ من ذَوات الأمثالِ، حتى يَضمَنُ مُتلِفُه مِثلَه، فيُمكِنُ تَحصيلُ رأسِ مالِ كلِّ واحِدٍ منهما وقتَ القِسمةِ باعتِبار الْمِثلِ، فصار كالأَثمان، ومن جِنسَين من ذَوات القِيَمِ، حتى يَضمَنُ مُتلِفُه قِيمتَه، فلا يُمكِنُ تَحصيلُ رأسِ مالِ كلِّ واحِدٍ منهما وقتَ القِسمةِ باعتِبار الْمِثلِ، فصار كالعُروض.

وإذا لم تَصِحَّ الشِّرْكةُ فحُكمُ الخلطِ يَجيءُ في كِتاب الوَديعةِ إن شاء اللهُ تَعالى.

وقولُه في «الهِداية»: (بَيَّنّاه في كِتاب القَضاءِ) أي قَضاءِ «الجامِعِ الصَّغيرِ»؛ لأنه ذُكِر في الوَديعة فيها.

إلا إذا باع كلٌّ نِصفَ عَرْضِه بنِصف عَرْضِ الآخَرِ، وعَقَدَ[2] الشِّرْكةَ.

وإن أراد الشِّرْكةَ بالعُروض فالحِيلةُ أن يَبيعَ كلُّ واحِدٍ منهما نِصفَ عَرْضِ نفسِه بنِصف عَرْضِ صاحِبِه، حتى صار مالُ كلِّ واحِدٍ منهما مُشترَكًا بينَهما شِرْكةَ مِلكٍ، ثم

(١) في (ج): إنما تصح.

(٢) في (ن) و(س): وعقدا.

يَعقِدان عقدَ الشِّرْكةِ بعدَه إن شاءا مُفاوَضةً، وإن شاءا عِنانًا، فتَصيرُ العُروضُ رأسَ مالِ الشِّرْكةِ.

وهذا لأن رأسَ مالِ كلِّ واحِدٍ منهما يَكونُ مَعلومًا على الْمُناصَفة قطعًا إذا كانت قِيمةُ مَتاعِهما سَواءً، ولا يَكونُ فيه رِبحُ ما لم يُضمَن، فيَجوزُ[1].

ولو كان بينَهما تَفاوُتٌ، بأن تَكونَ قِيمةُ عَرْضِ أحَدِهما مِائةً، وقِيمةُ عَرْضِ صاحِبِه أربَعمائةٍ: يَبيعُ صاحِبُ الأقَلِّ أربَعةَ أخماسِ عَرْضِه بخُمُس عَرْضِ الآخَرِ، فصار الْمَتاعُ كلُّه بينَهما أخماسًا.

وقولُه في «الهِداية»: (وهذه شِرْكةُ مِلكٍ) مُشكِلٌ؛ لأن شِرْكةَ الْمِلكِ تَحصُلُ بمُجرَّد بيعِ كلِّ واحِدٍ منهما نَصيبَه، ولا حاجةَ في ذلك إلى العَقد، فقولُه: (ثم عَقَدا الشِّرْكةَ) يُنافِي كونَها شِرْكةَ مِلكٍ، إلا أن يُقالَ: أَراد به شِرْكةَ مِلكٍ وإن عَقَدا الشِّرْكةَ؛ لأن هذا العقدَ كلا عقدٍ؛ لكَون رأسِ المالِ عَرْضًا.

وعِنانٌ إن تَضمَّنت وَكالةً فقط.

وأما **شِرْكةُ العِنانِ**: فأن يَشترِكَ اثنانِ في نوعِ بَزٍّ أو طَعامٍ، أو يَشترِكا في عُمومِ التِّجاراتِ، وتَتضمَّنُ الوَكالةَ؛ ليَتحقَّقَ مَقصودُ الشِّرْكةِ، وهو التَّصرُّفُ في مال الغيرِ؛ إذ لا يَكونُ إلا بها عندَ عدَمِ الوِلايةِ.

دونَ الكَفالةِ؛ لأنها إنما تَثبُتُ في الْمُفاوَضة ضَرورةَ الْمُساواةِ التي تَقتَضيها[2] الْمُفاوَضةُ، وهذا اللَّفظُ لا يُنبِئُ[3] عنها؛ لأنه مَأخوذٌ من قَولهم: (عَنّ)، أي عَرَض، قال

(١) في (هـ): فلا يجوز.

(٢) في (ب): نقيضها.

(٣) في (هـ): ينشأ.

ابنُ السِّكِّيتِ: كأنه عَنَّ لهما شيءٌ، فاشتَرَكا فيه، قال:

فعَنَّ لنا سِربٌ كأن نِعاجَه عَذارَى دُوارٍ في مُلاءٍ مُذيَّلِ[1]

أو من عِنان الفرَسِ، كما ذَهَب إليه الكِسائيُّ والأصمَعيُّ؛ لأن كُلًّا منهما جَعَل عِنانَ التَّصرُّفِ في بَعض المالِ إلى صاحِبه.

أو لأنه يَجوزُ[2] أن يَتفاوَتا في رَأس المالِ والرِّبحِ[3] كما يَتفاوَتُ العِنانُ في يَد الرّاكِبِ حالةَ المدِّ والإرخاءِ، وذا لا يُنبِئُ عن الكَفالة، وحُكمُ التَّصرُّفِ لا يَثبُتُ على خِلاف مُقتَضى اللَّفظِ.

وتَصِحُّ مع التَّساوِي في المال، لا الرِّبحِ، وعكسِه (ز ف)، وببَعض المالِ، وخِلافِ الجِنسِ (ز ف)، وعَدَمِ الخلطِ (ز ف).

وتَصِحُّ مع التَّساوِي في المال، والتَّفاضُلِ في الرِّبح، وعكسِه، خِلافًا لزفرَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

لهما: أن التَّفاضُلَ في أحَدهما مع التَّساوِي في الآخَر يُفضِي إلى رِبح ما لم يُضمَن؛ فإن المالَ إذا كان نِصفَين، والرِّبحُ أثلاثًا.. فصاحِبُ الزِّيادةِ يَستحِقُّ الزِّيادةَ بلا ضَمانٍ؛ لأن الضَّمانَ بقَدْر رأسِ المالِ، ولهذا لا يَصِحُّ شرطُ الوَضيعةِ على هذا الوجهِ، فكذا الرِّبحُ.

ولأن الأصلَ عندَهما أن الشِّرْكةَ في الرِّبح بِناءٌ على الشِّرْكة في المال، حتى شَرَطا الخلطَ، والرِّبحُ نَماءُ المالِ، فيُستحَقُّ[4] بقَدْر الْمِلكِ في الأَصل.

---

(١) في (هـ): مذلل.

(٢) في نسخة على هامش (ج): يصح.

(٣) في (ج): ويتفاضلا في الربح.

(٤) في (ب): فيتحقق.

ولنا: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «الرِّبحُ على ما شَرَطا، والوَضيعةُ على قَدْر المالَين»[1]، مُطلَقًا بلا فصلٍ.

ولأن الرِّبحَ يُستحَقُّ بالعَمَل[2] بلا مالٍ، كما في الْمُضارَبة، فبالعَمَل مع المالِ أحَقُّ؛ وهذا لأن الحاجةَ ماسّةٌ إلى التَّفاضُل، فقد يَكونُ أحدُ الشَّريكَين أحذَقَ في استِنماء المالِ، وأهدَى إلى التَّصرُّفات الرّابحةِ، وأكثَرَ عمَلًا، وأقوَى على السَّعي إلى إدراكِ الْمَواسِمِ التي تَنفُقُ فيها التِّجاراتُ النّافعةُ، فلا يَرضى بالشِّرْكة إلا بزِيادة رِبحٍ له.

بخِلاف شرطِ الوَضيعةِ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما أمينٌ[3] فيما في يَده، واشتِراطُ الضَّمانِ على الأمِين باطِلٌ.

وبخِلاف اشتِراطِ كلِّ الرِّبحِ لأحَدهما؛ إذ العقدُ يَخرُجُ به عن الشِّرْكة والْمُضارَبةِ؛ لأنه إن شُرِط كلُّ الرِّبحِ للعامِل كان إقراضًا، وإن شُرِط لربِّ المالِ كان إبضاعًا.

ولأن هذا العقدَ يُشبِهُ الْمُضارَبةَ من حيث إنه يُفيدُ وِلايةَ التَّصرُّفِ في مال الغيرِ، ويُشبِهُ الشِّرْكةَ باعتِبار الاسمِ ووُجودِ العمَلِ منهما، فعَمِلنا بالأوَّل، وجَوَّزنا اشتِراطَ الرِّبحِ بلا ضَمانٍ، وبالثّانِي ولم نبُطلِه باشتِراط العمَلِ عليهما.

ويَجوزُ أن يَعقِدَها كلُّ واحِدٍ منهما ببَعض مالِه دونَ البعضِ؛ لِمَساس الحاجةِ إليه، وعدَمِ اشتِراطِ الْمُساواةِ.

---

(١) قال في «نصب الراية» ٣/ ٣٧٥: غريب جدًّا، ويوجد في بعض كتب الأصحاب من قول عليٍّ. انتهى، قلت: روى أثرَ عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ ابنُ أبي شيبة (١٩٩٦٩)، وانظر أقوال السلف في ذلك عند ابن أبي شيبة ٤/ ٢٦٧.

(٢) في (ج): ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل.

(٣) في (ج): أسبق.

ويَصِحُّ أن يَشتركا ومن أحَدهما دَنانيرُ، ومن الآخَر دَراهِمُ، أو من أحَدهما دَراهِمُ بِيضٌ، ومن الآخَر سُودٌ، خِلافًا لزفرَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وهو بِناءً على أن الخلطَ شرطٌ عندَهما، وذا لا يَتحقَّقُ في مُختلِفَي الجِنسِ، وعندَنا: ليس بشرطٍ.

لهما: أن الرِّبحَ فرعُ المالِ، ولن يُتصوَّرَ وُقوعُ الفرعِ على الشِّرْكة إلا بعدَ ثُبوتِ الشِّرْكةِ في الأَصل، ولا اشتِراكَ بلا خلطٍ؛ إذ هي تُنبِئُ عنه.

ولأنه لولا الخلطُ المانِعُ من تَمييز أحَدِهما عن الآخَر لكان نَصيبُ كلِّ واحِدٍ مُمتازًا عن نَصيب الآخَرِ، ولا اشتِراكَ مع الامتِيازِ؛ ألا تَرى أن محَلَّ العقدِ المالُ، ولهذا يُضافُ إليه فيُقالُ: شِركةُ المالِ، والشَّيءُ إنما يُضافُ إلى سَبَبه أو شرطِه، ولا سَبَبيّةَ هنا[1]، والْمَحالُّ في حُكم الشُّروطِ، ويُشترَطُ تَعيينُ رأسِ المالِ، وما اعتُبِر التَّعيينُ إلا لتكونَ الشِّرْكةُ في الفَرع مُستنِدةً إلى المال.

ولا يَلزَمُ الْمُضارَبةُ، فإنهما يَشتركان في الرِّبح، وهو فرعُ أصلٍ غيرِ مُشترَكٍ؛ لأن الْمُضارِبَ لا يَستحِقُّ بعضَ الرِّبحِ بحُكم الشِّرْكةِ؛ لأنها ليست بشِرْكةٍ، ولكن بعضُ الرِّبحِ صار حقًّا له جُعالةً على عَمَله؛ ليعمَلَ فيَحصُلَ غَرَضُ[2] ربِّ المالِ وغَرَضُه[3]، وتَندفِعَ حاجتُهما.

ولا يَصِحُّ أن يُجعَلَ البعضُ هنا جُعالةً له كما في الْمُضارَبة؛ لأن الجَوازَ ثَمَّ لدَفع ضَرورةِ أن ربَّ المالِ لا يَهتَدي إلى العَمَل، والعامِلَ يَهتَدي إليه ولا يَجِدُ المالَ، وهنا

---

(١) العبارة في (ج): والشيء إنما يضاف إلى سببه وشرطه والمال سببه وشرطه هنا والمحال...إلخ.

(٢) في سوى (ج) و(و): عرض.

(٣) في (أ) و(د) و(هـ): وعرضه، وفي (ج): وغرضه المضارب.

ربُّ المالِ يَعمَلُ بنفسه، والعامِلُ واجِدٌ للمال، فزَالت الضَّرورةُ.

وإذا ثَبَت هذا الأصلُ شُرِط اتِّحادُ الجِنسِ، والْمُساواةُ في الرِّبح والمالِ.

وبَطَل شِرْكةُ التَّقبُّلِ والوُجوهِ عندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لعَدَم المالِ.

ولنا: أن الشِّرْكةَ عقدُ تَوكيلٍ من الطَّرَفَين ليَشتريَ كلُّ واحِدٍ منهما بماله على أن يَكونَ الْمُشترَى بينَهما، وهذا لا يَفتقِرُ إلى الخَلط؛ وهذا لأن العقدَ يُسمّى شِرْكةً، فأما الشِّرْكةُ في الفَرع بسَبَب الشِّرْكةِ في الأَصل: فلا اختِصاصَ لها بالعَقد، فإذا كانت الشِّرْكةُ في الرِّبح مُستنِدةً إلى العَقد لم يُشترَط الْمُساواةُ والخلطُ والاتِّحادُ.

وقِيل: هذه الْمَسألةُ بِناءً على أن الدَّراهِمَ والدَّنانيرَ يَتعيَّنان عندَهما في العُقود، كالسِّلَع، وعندَنا: لا يَتعيَّنان؛ لئلا يُؤدِّيَ إلى تَغيير الْمَشروعِ؛ إذ حُكمُ الشَّرعِ في جانِب الأعيانِ وُجوبُ مِلكِها بالبَيع لا وُجودُها، وفي جانِب الأثمانِ وُجودُها ووُجوبُها معًا، فلو تَعيَّنتا لانقلَب الحُكمُ شرطًا[1].

فإذا لم تَتعيَّنا لا يُستفادُ الرِّبحُ برَأس المالِ، بل بالتَّصرُّف؛ لكَونه أصيلًا في النِّصف، وَكيلًا في النِّصف، وإذا تَحقَّقت الشِّركةُ في التَّصرُّف[2] مع عدَمِ الخلطِ تَحقَّقت في الرِّبح الْمُستفادِ به، كالْمُضارَبة، فلا يُشترَطُ الاتِّحادُ والْمُساواةُ في الرِّبح، وتَصِحُّ شِرْكةُ التَّقبُّلِ والوُجوهِ.

وطُولِب الْمُشتَري بالثَّمَن فقط، ورَجَع على شَريكه بحِصّته.

وما اشتَراه كلُّ واحِدٍ منهما للشِّركة طُولِب الْمُشتَري بالثَّمَن دونَ الآخَرِ؛ لأن الْمُطالَبةَ إنما تَتوجَّهُ على الآخر في الْمُفاوَضة؛ لأنها تَتضمَّنُ الكَفالةَ، والْمَوجودُ هنا

(١) في (و): شرعًا.

(٢) في (و): النصف.

الوَكالةُ فقط، والوَكيلُ هو الأصيلُ في الحُقوق، فتَتوجَّهُ الْمُطالَبةُ نحوَه دونَ صاحِبه.

ثم يَرجِعُ على شَريكه بحِصّته إذا أدّى من مال نفسِه؛ لأنه وَكيلٌ من جِهة الشَّريكِ في حِصّته، والوَكيلُ بالشِّراء إذا نَقَد الثَّمَنَ من مال نفسِه يَرجِعُ على الْمُوكِّل.

فإن كان لا يُعرَفُ ذلك إلا بقَوله، بأن يَقولَ: (اشتَريتُ عبدًا، ونَقَدتُ الثَّمَنَ من مالي، وهَلَك العبدُ): فعليه البَيِّنةُ؛ لأنه يَدَّعي وُجوبَ المالِ في ذِمّة الغيرِ، وهو يُنكِرُ، والقولُ للمُنكِرِ مع اليَمينِ.

اشتَرَكا بألفٍ ومِائةِ دِينارٍ قِيمتُها ألفٌ وخَمسُمائةٍ، على أن الرِّبحَ والوَضيعةَ بقَدْر المالِ: صحّ(زف)، ولو شُرِط لأحَدهما دَراهِمُ[1] لا.

فلو اشتَرَكا ولأحَدهما ألفُ دِرهَمٍ، ولآخَرَ مِائةُ دِينارٍ قِيمتُها ألفٌ وخَمسُمائةٍ، على أن الرِّبحَ والوَضيعةَ بقَدْر رأسِ المالِ: صَحّ؛ لوُجود شَرائطِ الجَوازِ، وعدَمِ اشتِراطِ الْمُساواةِ والخلطِ.

ولو شُرِط لأحَدهما دَراهِمُ مُسمّاةٌ من الرِّبح لا يَصِحُّ؛ لأنه شرطٌ يُوجِبُ قَطْعَ الشَّرْكةِ، فربما لا يَحصُلُ إلا ما سَمَّيا لأحَدهما، فيَكونُ تَغييرًا للمَشروع، فيَلغو، وهو كما لو سَمّى في الْمُزارَعة قُفزانًا مُسمّاةً لأحَدهما، فإنه لا يَجوزُ؛ لأن الأرضَ ربما لا تُخرِجُ إلا هذا القَدْرَ.

فلو هَلَك أحَدُهما قبلَ الشِّراءِ: بَطَلت، وبعدَ شِراءِ أحَدِهما: هَلَك على ربِّه، والْمُشترَى مُشترَكٌ، ورَجَع بحِصّته.

وإذا هَلَك مالُ الشَّرْكةِ أو أحَدُ المالَين قبلَ أن يَشترِيا شيئًا: بَطَلت الشَّرْكةُ؛ لأنها من العُقود الجائِزةِ، فشُرِط لدَوامه ما شُرِط لابتِدائه.

(١) في (س): دراهم مسماة.

ولأن النُّقودَ تَتعيَّنُ فيها، كما في الهِبة، والغصبِ، والوَصِيّةِ، فكانت مَعقودًا عليها، وبهلاكِ الْمَعقودِ عليه يَبطُلُ العقدُ، كما في البَيع؛ إذ العقدُ لا يَبقى بدون محَلِّه، كما لا يَثبُتُ بلا محَلِّه، بخِلاف الْمُضارَبةِ والوَكالةِ الْمُفرَدةِ؛ فإن النُّقودَ لا تَتعيَّنُ فيهما بالتَّعيين، وإنما تَتعيَّنُ بالقَبض.

وهذا ظاهِرٌ فيما إذا هَلَك المالَان، وكذا إذا هَلَك أحَدُهما؛ لأن الْمَقصودَ بالشِّرْكة التَّصرُّفُ لا عَينُها، **والأصلُ**: أن ما[1] يَمنَعُ صِحّةَ العقدِ إذا اقتَرَنه[2] يُبطِلُه إذا اعتَرَض بعدَ العقدِ قبلَ حُصولِ الْمَقصودِ، كالتَّخمُّر في العَصير الْمُشترَى قبلَ القبضِ، وعدَمُ رأسِ المالِ لأحَدهما لو اقتَرَن بالعَقد يَمنَعُه، فإذا اعتَرَض يُبطِلُه.

وأيُّهما هَلَك هَلَك من مال صاحِبه، أما إذا هَلَك في يَده: فظاهِرٌ، وكذا إذا هَلَك في يَد الآخَرِ؛ لأنه بَقِي على مِلكه بعدَ عقدِ الشِّرْكةِ، فكلُّ واحِدٍ منهما أمينٌ في رَأس مالِ صاحِبه.

وإن هَلَك بعدَ الخلطِ: يَهلِكُ على الشِّرْكة؛ لأنه لا يَتميَّزُ، فجُعِل الهالِكُ من مالَيهما.

وإن اشتَرى أحَدُهما بماله، وهَلَك مالُ الآخَرِ قبلَ الشِّراءِ: يَهلِكُ على ربِّه؛ لبَقائه على مِلكه بعدَ الشِّراءِ بأحَدهما، والْمُشترَى مُشترَكٌ بينَهما على ما شَرَطا؛ لأن الشِّرْكةَ كانت قائِمةً بينَهما حالَ الشِّراءِ، فوَقَع الْمِلكُ مُشترَكًا بينَهما، فلا يَتغيَّرُ بهلاكِ مالِ الآخَرِ بعدَه.

ثم الشِّرْكةُ شِرْكةُ مِلكٍ عندَ الحسَنِ بنِ زِيادٍ، حتى لا يَنفُذُ بيعُ أحَدِهما إلا في حِصّته؛ لأن شِرْكةَ العقدِ بَطَلت بهلاكِ أحدِ المالَين، وشِرْكةُ عقدٍ عندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ،

---

(١) في (ب): ما لا.

(٢) في (هـ): اقترن به ما.

حتى إذا بَاعه أحَدُهما نفَذ بيعُه في الكلّ؛ لأن هَلاكَ أحَدِهما بعدَ حُصولِ الْمَقصودِ بأحَد المالَين، وهو الشِّراءُ به، فلا تبطُلُ شِرْكةُ العقدِ بينَهما في ذلك، كما لو كان الهَلاكُ بعدَ الشِّراءِ بالمالَين.

ورَجَع على شَريكه بحِصّته من ثَمَنه؛ لأنه اشتَرى ذلك القَدْرَ بوَكالته، ونَقَد الثَّمَنَ من مال نفسِه، وإنما رَضِي بذلك على أن يَشتريَ الآخَرُ بماله، ويَنقُدَ الثَّمَنَ من مال نفسِه، فإذا فات ذلك رَجَع بما نَقَد من ثَمَن حِصّتِه عليه.

وهذا إذا اشتَرى أحَدُهما بأحَد المالَين أوّلًا، ثم هَلَك مالُ الآخَرِ، فإن هَلَك أحَدُهما، ثم اشتَرى الآخَرُ بماله.. إن صَرَّحا بالوَكالة في عَقد الشِّرْكةِ: فالْمُشتَرَى مُشتَرَكٌ بينَهما كما شَرَطا؛ لأن الشِّرْكةَ إن بَطَلت بهَلاكِ أحدِ المالَين فالوَكالةُ الْمَنصوصُ عليها باقيةٌ، فكان الْمُشتَرَى بينَهما مُشتركًا بحُكم الوَكالةِ، فكانت شِرْكةَ مِلكٍ، حتى لا يَملِكُ أحَدُهما أن يَتصرَّفَ في نَصيب الآخَرِ.

ويَرجِعُ الْمُشتَري على صاحِبه بحِصّته من الثَّمَن؛ لأنه اشتَرى بعضَه بحُكم الوَكالةِ[1]، ونَقَد الثَّمَنَ من مال نفسِه، فيَرجِعُ به عليه.

وإن ذَكَرا مُجرَّدَ الشِّرْكةِ، ولم يُصرِّحا بالوَكالة فيها: فالْمُشتَرَى للمُشتري خاصّةً؛ لأن الوُقوعَ على الشِّرْكة حُكمُ وَكالةٍ ثَبَتت في ضِمن الشِّرْكةِ، وقد بَطَلت الشِّرْكةُ بهَلاك مالِ أحَدِهما، فيَبطُلُ ما في ضِمنها؛ إذ لا بَقاءَ لِما ثَبَت ضِمنًا مع فَواتِ الْمُتضمِّنِ.

بخِلاف ما إذا صَرَّحا بالوَكالة؛ لكَونها مَقصودةً، فلا تَبطُلُ ببُطلان الشِّرْكةِ.

ولو اشتَرى أحَدُهما عبدًا، والآخَرُ أمةً: كانا بينَهما أخماسًا، فإن هَلَكا: فهو عليهما،

---

(١) في (ب): الولاية.

ورَجَع ربُّ الدَّنانيرِ بأربَعين، وربُّ الدَّراهِمِ بسِتِّمائةٍ، إن لم تَتَّحِد الصَّفْقةُ[1].

ولو اشتَرى أحَدُهما بماله عبدًا، واشتَرى الآخَرُ بماله أمةً، ونَقَد كلُّ واحِدٍ منهما الثَّمنَ: كانا بينَهما أخماسًا، فإن هَلكا فهو عليهما، ورَجَع ربُّ الدَّنانيرِ على ربِّ الدَّراهِمِ بأربَعين دِينارًا[2] خُمُسَي الدَّنانيرِ، ورَجَع ربُّ الدَّراهِمِ بسِتِّمائةٍ ثَلاثةِ أخماسِ الدَّراهِمِ على الآخَر؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما صار مُشترِيًا لصاحِبه بقَدْر رأسِ مالِه بوَكالته، ونَقَد الثَّمنَ من مال نفسِه، فاستَوجَب الرُّجوعَ به على صاحِبه.

والْمُشترَى وَقَع مُشتركًا على هذا، ولا يَبطُلُ حقُّه في الرُّجوع بهَلاك الْمُشترَى في يَده أو في يَد صاحِبه.

ولم يَتقاصّا إلا إذا تَراضَيا؛ لاختِلاف الجِنسِ.

وهذا إذا تَفرَّقت الصَّفْقةُ، فإن اشتَريا بالمالَين غُلامًا صَفقةً واحِدةً، فهَلَك الغُلامُ في أيدِيهما: لم يَرجِع واحِدٌ منهما على صاحِبه؛ لأن الصَّفْقةَ إذا اتَّحدت أمكَن أن يُجعَلَ الْمِلكُ لكلِّ واحِدٍ منهما حاصِلًا بتَصرُّف نفسِه، فلا يُجعَلُ حاصِلًا بتَصرُّف شَريكِه بلا ضَرورةٍ، فيُجعَلُ كلُّ واحِدٍ مُشترِيًا لنَفسه، كأن ربَّ الدَّنانيرِ اشتَرى ثَلاثةَ أخماسِه بدَنانيره، وربَّ الدَّراهِمِ اشتَرى خُمُسَيه لنَفسه بدَراهِمه، فلا تَراجُعَ.

بخِلاف ما إذا تَفرَّقت الصَّفْقةُ؛ لأنه لا بُدَّ من أن يُجعَلَ كلُّ واحِدٍ منهما وَكيلًا عن صاحِبه في بَعض ما اشتَرى، ناقِدًا الثَّمنَ عنه.. حتى يَقَعَ الْمُشترَى مُشتركًا.

(١) الصَّفقة في اللغة: عبارة عن ضرب اليد عند العقد، وفي الشرع: عبارة عن العقد. «التعريفات» ص١٣٣. وكانت العرب إذا وجب البيع ضرب أحدهما يده على يد صاحبه، ثم استعملت الصفقة في العقد، فقيل: بارك الله لك في صفقة يمينك، قال الأزهري: وتكون الصفقة للبائع والمشتري. «المصباح» ١/ ٣٤٣.

(٢) في (هـ): درهمًا.

ولو مُفاوَضةً، وقِيمتُها ألفٌ، فزادَت أو نَقَصت قبلَ الشِّراءِ: بَطَلت، وكذا بعدَه بالدَّراهِم، وبالدَّنانير[1] لا، كالشِّراء بأحَدهما.

ولو اشتَرَكا مُفاوَضةً، وقِيمةُ الدَّنانيرِ ألفٌ: صَحَّت، وإلا تكونُ عِنانًا.

فإن تَساويا، فزادت قِيمةُ الدَّنانيرِ أو نَقَصت قبلَ أن يَشتريا: بَطَلت الْمُفاوَضةُ، وكذا لو اشتَريا بالألف أمةً، ثم تَغيَّرت قِيمةُ الدَّنانيرِ إلى زِيادةٍ أو نُقصانٍ؛ لفَوات شرطِها قبلَ التَّأكُّدِ.

ولو اشتَريا بالدَّنانير والدَّراهِمُ بحالها، ثم تَغيَّرت قِيمتُها: لا تَبطُلُ الْمُفاوَضةُ؛ لأن الْمُشتَرَى مُشترَكٌ بينَهما، وخَرَج الثَّمَنُ عن الْمُفاوَضة.

ولو اشتَرَى بأحَد المالَين، والآخَرُ بحاله: بَقِيَت الْمُفاوَضةُ استِحسانًا؛ للحَرَج؛ إذ الشِّراءُ بهما جُملةً قَلَّما يَتَّفِقُ.

ولو كانت الشِّرْكةُ عِنانًا، وقِيمةُ الدَّنانيرِ ألفٌ وخَمسُمائةٍ، والدَّراهِمِ ألفٌ، فاشتَرَى بالدَّنانير أمةً، ثم نَقَصت قِيمةُ الدَّنانيرِ وصارت ألفًا، وهَلَكت الدَّراهِمُ[2]: هَلَكت من مال صاحِبِها، وتكونُ الأمةُ بينَهما أخماسًا، ثَلاثةُ الأخماسِ لربِّ الدَّنانيرِ، وخُمُساها لربِّ الدَّراهِمِ؛ لأن الْمُعتبَرَ في وُقوع الْمِلكِ في الْمُشترَى قِيمةُ الدَّنانيرِ وقتَ الشِّراءِ؛ لأن الحقَّ إنما يَتحوَّلُ من رَأس المالِ إلى الْمُشترَى بالشِّراء، وفي ظُهور الرِّبحِ وقتَ القِسمةِ؛ لأن الرِّبحَ لا يَظهَرُ إلا بعدَ وُصولِ كَمالِ رأسِ المالِ إلى ربِّ المالِ.

ولو كان النُّقصانُ قبلَ الشِّراءِ: فالْمُشترَى بينَهما نِصفان؛ إذ الْمُعتبَرُ يومُ الشِّراءِ، وقد استَويا عندَه.

---

(١) في (س) و(ع): والدنانير.

(٢) في (ب): الدنانير.

دَفَع إليه مِائةً قِيمتُها ألفٌ وخَمسُمائةٍ، وقال: (اعمَل بها وبألفك على أن الرِّبحَ نِصفان): فهي مُضارَبةٌ بالسُّدُس، وإذنٌ بالخَلط، ولولا الشَّرطُ لكان أخماسًا.

ولو دَفَع إلى رَجُلٍ مِائةَ دِينارٍ قِيمتُها ألفٌ وخَمسُمائةٍ، وقال له: اعمَل بها[1] وبألفٍ من عِندك على أن الرِّبح بينَنا نِصفان: فهي مُضارَبةٌ بالسُّدُس، وإذنٌ بالخَلط، ولولا الشَّرطُ لكان أخماسًا.

وهذا لأن هذا التَّصرُّفَ وإن خَرَج مَخرَجَ الشِّرْكةِ؛ لاشتِراط المالِ من الجانِبَين.. إلا أنه تَعذَّر اعتِبارُه شِرْكةً: لاشتِراط العمَلِ من أحَد الجانِبَين، فاعتبَرناه مُضارَبةً؛ لوُجود مَعنى الْمُضارَبةِ، وهو شرطُ العمَلِ من أحَد الجانِبَين بجُزءٍ مَعلومٍ من الرِّبح، ولكن بسُدُس الرِّبحِ.

إذ لولا شرطُ الْمُناصَفةِ[2] في الرِّبح لكان الرِّبحُ بينَهما أخماسًا بقَدْر رأسِ مالَيهما، ثَلاثةُ أخماسِه بمُقابَلة الدَّنانيرِ، وخُمُساه بمُقابَلة الدَّراهمِ، فإذا شَرطا الرِّبحَ نِصفَين فقد شَرَط ربُّ الدَّنانيرِ لربِّ الدَّراهِمِ نِصفَ خُمُسِ رِبحِ الدَّنانيرِ، ونِصفُ الخُمُسِ من ثَلاثة الأخماسِ السُّدُسُ، والعامِلُ في الدَّراهِم عامِلٌ لنَفسه، فرِبحُ الدَّراهِمِ له خاصّةً، ورِبحُ الدَّنانيرِ بينَهما أسداسًا.

وفائِدةُ قولِه: (بألفٍ من عِندك): أنه لا يَضمَنُ بالخَلط.

ولو قِيمتُها ألفًا: كان بِضاعةً[3].

---

(١) في (د): اعمل برأيك.

(٢) في (ب): المفاوضة.

(٣) البِضاعة بالكسر: قطعة من المال تعد للتجارة... واستبضعت الشيء: جعلته بضاعة لنفسي، وأبضعته غيري -بالألف-: جعلته له بضاعة، وجمعها بضائع. «المصباح» ١/ ٥٠.

ولو كانت قِيمةُ الدَّنانيرِ ألفًا والمَسألةُ بحالها: كانت بِضاعةً؛ لتَعذُّر تَجويزِها شِرْكةً؛ لاشتِراط العمَلِ على أحدهما.

وتَعذَّر تَجويزُها مُضارَبةً؛ لأن الدّافعَ لم يَشترِط له شيئًا من رِبح مالِه، وإنما استَعان به للعَمَل في ماله مع مالِ نفسِه، فكان بِضاعةً.

ولو زاد بعدَ الشِّراءِ خَمسَمائةٍ[1]، وباع بالرِّبح: فهو أخماسٌ، وكذا لو قال: (وبألفٍ وخَمسِمائةٍ منك).

ولو اشتَرى الْمُضارِبُ بالمالَين عبدًا، ثم صارت قِيمةُ الدَّنانيرِ ألفًا وخمسَمِائةٍ، ثم باع العبدَ مُرابَحةً: استَوفى الْمُضارِبُ رأسَ مالِه ألفًا، وربُّ الدَّنانيرِ دَنانيرَه مِائةً، والرِّبحُ بينَهما أخماسٌ، ثَلاثةُ أخماسِه لربِّ الدَّنانيرِ، وخُمُساه لربِّ الدَّراهِمِ.

وكذا لو دَفَع إليه مِائةَ دِينارٍ قِيمتُها ألفٌ على أن يَعمَلَ بها وبألفٍ وخَمسِمائةٍ من ماله، على أن الرِّبحَ بينَهما نِصفان: فالْمُضارَبةُ فاسِدةٌ؛ لأن الدّافعَ شَرَط لنَفسه ربحًا بلا مالٍ وعمَلٍ، والرِّبحُ لا يُستحَقُّ بغيرِهما.

فإن باع مُرابَحةً استَوفى كلُّ واحِدٍ رأسَ مالِه، والرِّبحُ بينَهما أخماسٌ، إلا أن ثَلاثةَ أخماسِه لربِّ الدَّراهِمِ، وخُمُساه للآخَرِ؛ لأن رأسَ المالِ بينَهما هكذا.

ولكلٍّ أن يُبضِعَ، ويُودِعَ، ويُضارِبَ، ويُوكِّلَ، ويدُه في المال أمانةٌ.

ولكلٍّ من شَريكَي الْمُفاوَضةِ والعِنانِ أن يُبضِعَ المالَ؛ لأن له أن يَستعمِلَ الغيرَ في التِّجارة بالإجارة، فلأَن يَكونَ له ذلك بلا أجرٍ أولى.

ويُودِعَ؛ لأنه من عادة التُّجّارِ، وله أن يَستأجِرَ من يَحفَظُ مالَ الشِّركةِ، فلأَن يَكونَ له أن يُودِعَ ليَحفَظَ الْمُودَعُ بلا أجرٍ أولى.

---

(١) في نسخة على هامش (ف): فيه.

ويُضارِبَ؛ لأن له أن يَستأجِرَ من يَتصرَّفُ في مال الشِّرْكةِ بأجرٍ مَضمونٍ في الذِّمّة، فلأَن يَكونَ له أن يَستأجِرَ من يَتصرَّفُ ببَعض ما يَحصُلُ بعَمَله بدُون أن يَكونَ مَضمونًا في الذِّمّة.. أولى.

وعن أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنه ليس له ذلك؛ لأنه نوعُ شِرْكةٍ؛ إذ الْمُضارِبُ يَصيرُ شَريكًا في الرِّبح، وليس لأحَد الشَّريكَين أن يُشارِكَ غيرَه؛ لأن الشَّيءَ لا يَتضمَّنُ مِثلَه.

والصَّحيحُ هو الأوَّلُ؛ لأن الدَّفعَ مُضارَبةً لتَحصيل الرِّبحِ لا لإثبات الشِّرْكةِ قصدًا.

وإنما لم يَملِك الْمُشارَكةَ: لأن ما يُستفادُ بعقدٍ يَكونُ من تَوابِعه، والشيء لا يستتبع مثله ويَستتبعُ ما هو دونَه، والْمُضارَبةُ دونَ الشِّرْكةِ؛ ألا تَرى أنه ليس على الْمُضارِب شيءٌ من الوَضيعة، وإذا فَسَدت ليس للمُضارِب شيءٌ من الرِّبح، فجاز أن يُستفادَ بعَقد الشِّرْكةِ.

وأما الاشتِراكُ: فمِثلُ الأوَّلِ، فلا يُمكِنُ أن يُجعَلَ من تَوابِعه مُستفادًا به، ولهذا كان للمُضارِب أن يُوكِّلَ؛ لأنه دونَ الْمُضارَبةِ، وليس له أن يُضارِبُ.

وهذا في حقِّ الغيرِ لا في حقِّ نفسِه، فللمُكاتَب أن يُكاتِبَ، وللمَأذون أن يَأذَنَ؛ لأنه مُتصرِّفٌ لنَفسه بفكِّ الحَجْرِ عنه.

ويُوكِّلَ من يَتصرَّفُ فيه بيعًا وشِراءً؛ لأنه من عادة التُّجّارِ، ولأنه من ضَرورات التِّجارة؛ إذ الرِّبحُ لا يَحصُلُ إلا بالتِّجارة الحاضِرةِ والغائِبةِ، وكلُّ واحِدٍ منهما عاجِزٌ عن مُباشَرة النَّوعَين بنَفسه، فلا بُدَّ من التَّوكيل بأحَد النَّوعَين، فصار كلُّ واحِدٍ منهما آذِنًا لصاحِبه فيه دَلالةً.

ولا يُقالُ: إن كلَّ واحِدٍ منهما وَكيلٌ عن صاحِبه بشِراء النِّصفِ، وليس للوَكيل بالشِّراء أن يُوكِّلَ غيرَه: لأن ذا عقدٌ خاصٌّ طُلِب منه تَحصيلُ العَينِ، فلم يَستتبع التَّوكيلَ؛

لأنه مِثلُ الأوَّلِ، وهنا الشِّرْكةُ انعقَدت للتِّجارة لتَحصيل الرِّبحِ، والتَّوكيلُ بالشِّراء من جُملته؛ إذ الرِّبحُ كما يَحصُلُ بتَصرُّفه يَحصُلُ بتَصرُّف غيرِه، فصار كلُّ واحِدٍ منهما كوَكيلٍ خاصٍّ بالشِّراء قِيل له: (اعمَل برَأيك)، فله أن يُوكِّلَ غيرَه.

وإنما لا يَملِكُ الْمُشارَكةَ وإن تَمكَّن منها عندَ قولِه: (اعمَل برَأيك) نصًّا: إظهارًا للتَّفاوُت بينَ ما ثَبَت نصًّا وبينَ ما ثَبَت مُقتَضى تَحصيلِ الرِّبحِ.

ويدُ كلِّ واحِدٍ منهما في المال يدُ أمانةٍ؛ لأنه قَبَض المالَ برِضا صاحِبه لا على جِهة البدَلِ والوَثيقةِ، فكان أمانةً، كالوَديعة.

وتَقبُّلٌ[1]، أي[2]: قَبِل العَمَلَ خيّاطان (ف)[3]، أو خيّاطٌ وصَبّاغٌ(ك ز)، والكسبُ بينَهما.

وأما شِرْكةُ التَّقبُّلِ -وتُسمّى شِرْكةَ الصَّنائعِ والأعمالِ-: فالخيّاطان والصَّبّاغان، أو الخيّاطُ والصَّبّاغُ.. اشتَركا على أن يَتقبَّلا الأعمالَ، ويَكونَ الكسبُ بينَهما.

وهذه الشِّرْكةُ جائِزةٌ عندَنا، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

له: أن محَلَّ الشِّرْكةِ المالُ؛ لأنها وُضِعت لتَثمير، فلا بُدَّ من رَأس المالِ لتَحصُلَ الزِّيادةُ والنَّماءُ بالعَمَل فيه، فإذا عُدِم المالُ كيف تَتحقَّقُ الشِّرْكةُ؟!

ولنا: أنها كما وُضِعت للتَّثمير شُرِعت للتَّحصيل، وذا مُمكِنٌ، فإن كلَّ واحِدٍ منهما إذا تَقبَّل عمَلًا فهو أصيلٌ في النِّصف، وَكيلٌ عن صاحِبه في النِّصف، والوَكالةُ في التَّقبُّل جائِزةٌ، فصار العمَلُ واجِبًا عليهما، وما حَصَل من العَمَل يَكونُ بينَهما، فتَتحقَّقُ الشِّرْكةُ في المال الْمُستفادِ.

---

(١) تقبلت العمل من صاحبه: إذا التزمته بعقد. «المصباح» ٢/ ٤٨٨.

(٢) في (ن): إن.

(٣) في (م): خياطان ورب الدراهم.

ولا يُشترَطُ فيه اتِّحادُ العمَلِ والْمَكانِ، خِلافًا لمالِكٍ وزفرَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ فيهما.

لهما: أن كلَّ واحِدٍ منهما عاجِزٌ عن العَمَل الذي يَتقبَّلُه صاحِبُه؛ لأن ذا ليس من عَمَله، فلا يَحصُلُ الْمَقصودُ من عَقد الشِّرْكةِ.

ولنا: أن جَوازَها باعتِبار الوَكالةِ، والتَّوكيلُ بتَقبُّل العمَلِ صَحيحٌ ممن يُحسِنُ ذلك العمَلَ وممن لا يُحسِنُه؛ إذ لا يَتعيَّنُ على الْمُتقبِّل إقامةُ العمَلِ بنَفسه، بل له أن يُقيمَ بأَعوانه وأُجَرائِه.

وهذا النَّوعُ من الشِّرْكة قد يَكونُ عِنانًا، وقد يَكونُ مُفاوَضةً عندَ استِجماعِ شَرائطِها؛ لإمكان تَحقيقِ مُقتَضى الْمُفاوَضةِ في الأَعمال كما في الأَموال.

وفي العِنان من هذه الشِّرْكةِ يَجوزُ شرطُ التَّفاضُلِ في المال الْمُستفادِ بالعَمَل مع شرطِ التَّساوِي في العَمَل، بأن شَرَطا العمَلَ نِصفَين، وشَرَطا المالَ أثلاثًا؛ لأنهما تابِعان للعَمَل، وقد يَكونُ بينَهما تَفاوُتٌ في العَمَل، فيَصِحُّ منهما اشتِراطُ التَّفاوُتِ في الرِّبح.

والقِياسُ: أن لا يَجوزَ، وهو قولُ زفرَ رَحِمَهُٱللَّهُ؛ لأن الاستِحقاقَ باشتِراط العمَلِ والتَّقبُّلِ دونَ نفسِ العمَلِ، فإنما يَستحِقُّ كلُّ واحِدٍ منهما من الأَجر[1] بقَدْر ما عليه[2] من العَمَل؛ ألا تَرى أنه لو عَمِل أحدُهما دونَ الآخَرِ كان الأجرُ بينَهما على ما شَرَطا، ويَصيرُ العامِلُ مُعينًا للآخَر.

ولنا: أن الْمَنافِعَ إنما تُتقوَّمُ بالعَقد، فمَنفَعةُ كلِّ واحِدٍ منهما تُتقوَّمُ بقَدْر ما شُرِط له من الرِّبح، بخِلاف شِرْكةِ الوُجوهِ؛ لِما يَجيءُ إن شاء اللهُ تَعالى.

ولَزِمهما عَمَلٌ قَبِل أحدُهما، وكسبُه بينَهما.

(١) في (ب) و(هـ): الآخر والمثبت من (ج).

(٢) في (هـ): عمله.

ولَزِمهما عمَلٌ قَبِله أحَدُهما، وكَسْبُ أحَدِهما بينَهما، أي إذا اشتَرَكا شِرْكةً مُطلَقةً، فدَفَع رَجُلٌ إلى أحَدهما عمَلًا: فله أن يَأخُذَ بذلك العمَلِ أيّهما شاء، ولكلِّ واحِدٍ منهما أن يُطالِبَ بأجرة العمَلِ، وإلى أيِّهما دَفَع بَرِئ.

وهذا ظاهِرٌ إذا كانت مُفاوَضةً، وفي غَيرها استِحسانٌ، **والقِياسُ**: أن لا يَكونَ كذلك؛ لأن الشِّرْكةَ وَقَعت مُطلَقةً، فلا تَثبُتُ أحكامُ الْمُفاوَضةِ، كما في الشِّرْكة بالمال.

وجهُ الاستِحسانِ: أن هذه الشِّرْكةَ مُقتضِيةٌ للضَّمان؛ فإنَّ ما يَتقبَّلُه كلُّ واحِدٍ منهما من العَمَل مَضمونٌ على الآخَر؛ ألا تَرى أنه يَستحِقُّ الأجرَ بسَبَب نَفاذِ تَقبُّلِه عليه، فأجرَوها مُجرى الْمُفاوَضةِ في ضَمان العمَلِ واقتِضاءِ البدَلِ لا فيما عَدا ذلك، حتى قالُوا: إذا أقَرَّ أحَدُهما بدَينٍ من ثَمَن صابُونٍ أو أُشنانٍ مُستهلَكٍ: لم يُصدَّق على صاحِبه، ويَلزَمُه خاصّةً؛ لأن التَّنصيصَ على الْمُفاوَضة لم يُوجَد، ونَفاذُ الإقرارِ مُوجَبُ الْمُفاوَضةِ.

ووُجوهٌ(ف)(١) إن اشتَرَكا بلا مالٍ على أن يَشترِيا بوُجوههما ويَبيعا، وتَتضمَّنُ الوَكالةَ.

وأما **شِرْكةُ الوُجوهِ**: فأن يَشترِكَ اثنان ولا مالَ لهما على أن يَشترِيا بوُجوههما ويَبيعا، وما رَبِحا فهو بينَهما.

وسُمِّيَت شِرْكةَ الوُجوهِ: لأنه إنما يَشتَري بالنَّسيئة من له وَجاهةٌ عندَ النّاسِ.

وإنها تَصِحُّ عِنانًا ومُفاوَضةً؛ لإمكان تَحقيقِ الكَفالةِ والوَكالةِ في الأَبدال، وعندَ

---

(١) أي شِركةُ ابتذال الشُّرَكاء؛ إذ لا مالَ لهم ولا عملَ، ولذا تُسمّى شِرْكةَ المفاليس، وفيه مجازٌ من وجوه، كما لا يخفى. «الدر المنتقى» ٣/ ٢٤٩.

الإطلاقِ تكونُ عِنانًا؛ لأنه الْمُتعارَفُ، والْمُطلَقُ يَنصرِفُ إلى الْمُتعارَف.

وهي جائِزةٌ عندَنا، باطِلةٌ عندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لِما أن عندَه لا بُدَّ من رَأس المالِ لِيَنعقِدَ عليه العقدُ، فيَتحقَّقَ مَعنى التَّثميرِ[1] بينَهما.

ولنا: أن صِحّةَ شِرْكةِ العقدِ باعتِبار الوَكالةِ، وتَوكيلُ كلِّ واحِدٍ منهما صاحِبَه بالشِّراء على أن يَكونَ الْمُشترَى بينَهما نِصفَين أو أثلاثًا: صَحيحٌ، فكذا الشِّرْكةُ التي تَتضمَّنُ هذه الوَكالةَ.

وكلُّ واحِدٍ منهما وَكيلُ الآخَرِ[2] فيما يَشترَيه؛ لأن نَفاذَ تَصرُّفِ الغيرِ على الغَير بوِلايةٍ أو بوَكالةٍ، ولا وِلايةَ، فتَعيَّنَ الوَكالةُ.

فإن شَرَطا مُناصَفةَ الْمُشترَىٰ أو مُثالَثتَه: فالرِّبحُ كذلك، وبَطَل شرطُ الفضلِ.

فإن شَرَطا مُناصَفةَ الْمُشترَى أو مُثالَثتَه: فالرِّبحُ كذلك، وبَطَل شرطُ الفضلِ؛ لأن الرِّبحَ إنما يُستحَقُّ بالمال، كربِّ المالِ، أو بالعَمَل، كالْمُضارِب، أو بالضَّمان، كالأُستاذ إذا تَقبَّل العمَلَ، وألقاه على تِلميذه بأقَلَّ من الأَجر الذي تَقبَّل العمَلَ: طاب له الفضلُ بالضَّمان، لا بغَيرها؛ ألا تَرى أن من قال لغَيره: (اعمَل في مالك على أن لي بعضَ الرِّبحِ): لم يَجُز؛ لفَقد هذه الْمَعاني.

واستِحقاقُ الرِّبحِ في شِرْكة الوُجوهِ بالضَّمان، والضَّمانُ بقَدْر الْمِلكِ في الْمُشترَى، فكان الرِّبحُ الزّائدُ عليه رِبحَ ما لم يُضمَن، وذا إنما يَصِحُّ في الْمُضارَبة على خِلاف القِياسِ، وشِرْكةُ الوُجوهِ ليست في مَعناها، فلا تُلحَقُ بها، بخِلاف العِنانِ؛ لأنه في مَعناها؛

(١) في (ب): التثمين.

(٢) في (ب): خاص.

إذ كلُّ واحِدٍ منهما يَعمَلُ في مال الآخَرِ، فألحَقناها بها دَلالةً.

فإن قِيل: جاز أن يَكونَ فضلُ الرِّبحِ هنا بفَضل العمَلِ، كما في العِنان.

قُلنا: إنما جاز اشتِراطُ زِيادةِ الرِّبحِ لزِيادة العمَلِ إذا كان العمَلُ في مالٍ مَعلومٍ، كما في العِنان والْمُضارَبةِ، ولم يُوجَد هنا.

فَصْلٌ فِي الشَّرِكَةِ الفَاسِدَةِ

ولا تَصِحُّ شِرْكةٌ في احتِطابٍ، واصطِيادٍ، واستِقاءٍ، والكسبُ للعامِلِ، وعليه أجرُ مِثلِ ما للآخَر.

ولا تَصِحُّ الشِّرْكةُ في الاحتِطاب، والاصطِيادِ، والاستِقاءِ.

والكسبُ للعامِلِ، وعليه أجرُ مِثلِ ما للآخَر.

اعلَم أن الشِّرْكةَ في الاحتِطاب، والاصطِيادِ، واجتِناءِ الثِّمارِ من الجِبال، وأخذِ كلِّ شيءٍ مُباحٍ: لا تَجوزُ.

وما اصطَاده كلُّ واحِدٍ منهما أو احتَطَبه: فهو له دونَ صاحِبِه؛ لأن الشِّرْكةَ تَتضمَّنُ الوَكالةَ، والتَّوكيلُ في أَخذ الْمُباحِ باطِلٌ؛ لأن التَّوكيلَ إثباتُ وِلايةِ التَّصرُّفِ فيما هو ثابِتٌ للمُوكِّل، وليس بثابِتٍ للوَكيل.

وهذا الْمَعنى لا يُمكِنُ تَحقيقُه هنا؛ لأن الوَكيلَ يَملِكُ الاحتِطابَ ونحوَه بلا إِذنه وتَوكيلِه، فبَطَل أمرُ الْمُوكِّلِ به، وإذا بَطَل التَّوكيلُ لا تَثبُتُ الشِّرْكةُ؛ لأن شِرْكةَ ما لا يَنعقِدُ بلا وَكالةٍ، وإذا لم تَثبُت الشِّرْكةُ يَثبُتُ الْمِلكُ للآخِذ.

فإن أخذا معًا: فهو بينَهما نِصفان؛ لأن الاستِواءَ في سَبَب الاستِحقاق -وهو الأخذُ- يُوجِبُ الاستِواءَ في الاستِحقاق.

وإن أخذه أحَدُهما، ولم يَعمَل الآخَرُ شيئًا: فهو للعامِلِ.

وإن عَمِل أحدُهما، وأعانه الآخرُ في عَمَله، بأن قَلَعه أحَدُهما، وجَمَعه الآخَرُ، أو قَلَعه وجَمَعه، وحَمَله الآخَرُ: فللمُعِين أجرُ مِثلِه؛ لأنه استَوفى مَنافِعَه بحُكم عقدٍ فاسِدٍ، فيلزَمُه أجرُ مِثلِه.

إلا أنه لا يُجاوَزُ عن نِصف ثَمَنِ ذلك عندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لرِضاه بنِصف الْمُسمّى، وتَقوُّمُ الْمَنافِعِ بالعَقد والتَّسميةِ، وفيما زاد على الْمُسمّى لم تُوجَد التَّسميةُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: له أجرُ مِثلِه بالِغًا ما بَلَغ؛ لأن الْمُسمّى مَجهولٌ؛ إذ لم يُدْرَ أيُّ نوعٍ من الحَطَب يُصِيبان، وهل يُصِيبان شيئًا أم لا، والرِّضا بالْمَجهول لغوٌ، فإذا سَقَط اعتِبارُ رِضاه، وقد استَوفى مَنافِعَه بعقدٍ فاسِدٍ: فله أجرُ مِثلِه بالِغًا ما بَلَغ.

وإذا اشتَرَكا[1] ولأحَدهما بغلٌ، وللآخَر راوِيةٌ يَستَقي عليها الماءَ، والكسبُ بينَهما: فَسَدت الشَّرْكةُ؛ لانعِقادها على إحراز الْمُباحِ، وهو الماءُ، والكسبُ لمن استَقى؛ لأنه الْمُحرِزُ، وعليه أجرُ مِثلِ الرّاويةِ إن كان صاحِبَ البغلِ، وأجرُ مِثلِ البغلِ إن كان صاحِبَ الرَّاويةِ؛ لأنه استَوفى مَنفَعةَ مِلكِ الغيرِ[2] -وهو[3] الرّاويةُ أو البغلُ- بعقدٍ فاسِدٍ، فيَجِبُ أجرُ الْمِثلِ.

والرِّبحُ في الشِّرْكة الفاسِدةِ بقَدْر المالِ، وإن شُرِط الفضلِ.

والرِّبحُ في الشِّرْكة الفاسِدةِ بقَدْر المالِ؛ لأن الرِّبحَ تَبعُ المالِ، فيَتقدَّرُ بقَدْره، كالرَّيع، فإنه تَبَعٌ للبَذر في الْمُزارَعة.

---

(١) في (ب): اشتريا.

(٢) في (هـ): تلك العين.

(٣) في (هـ): وهي.

ويَبطُلُ شرطُ الفضلِ؛ لأنه بالعَقد، والعقدُ فاسِدٌ، وفي إِيفاء[1] شرطِ شُرِط في العَقد تَقريرٌ للعَقد الفاسِدِ، وهو واجِبُ الرَّفعِ، فيَبقى الاستِحقاقُ بقَدْر رأسِ المالِ.

وتَبطُلُ الشِّرْكةُ بمَوت أحَدِهما، ولو حُكمًا.

وتَبطُلُ الشِّرْكةُ بمَوت أحدِ الشَّريكَين، ولو حُكمًا، بأن ارتَدَّ ولَحِق[2] بدار الحربِ، وقُضِي بلَحاقه؛ لأن الشِّرْكةَ تقتَضي وَكالةً، وهي تبطُلُ بالْمَوت وبقَضاء القاضِي بلَحاقه مُرتدًّا؛ لأنه كالْمَوت؛ لِما مَرَّ في السِّيَر، وإذا بَطَلت الوَكالةُ بَطَلت الشِّرْكةُ؛ إذ لا بُدَّ لها منها.

وسَواءٌ عَلِم الشَّريكُ بمَوت صاحِبه أوْ لا؛ لأنه عزلٌ حُكميٌّ، فلا يُشترَطُ عِلمُه؛ لثُبوته ضِمنًا للغَير، بخِلاف فسخِ أحدِ الشَّريكَين الشِّرْكةَ؛ حيث يَتوقَّفُ على عِلم الآخَرِ؛ لأنه عزلٌ قَصديٌّ، فيَعتمِدُ العِلمَ؛ لأن فيه نوعَ حَجْرٍ، فشُرِط عِلمُه لثُبوت الحَجْرِ؛ دفعًا للضَّرَر عنه.

---

(١) في (ج): إبقاء، والمثبت من (ب) و(هـ).

(٢) في (هـ): أو لحق.

فَصْلٌ في المتفرِّقات

ولم يُزكِّ مالَ الآخرِ بلا إِذنه، فإن أَذِن كلٌّ، وأدَّيا معًا: ضَمِنا (س م)، ولو مُتعاقِبًا ضَمِن الثّاني (س م).

وليس لواحِدٍ من الشَّريكَين أن يُؤدِّيَ زكاةَ مالِ الآخَرِ إلا بإِذنه؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما نائِبٌ عن صاحِبه في التِّجارة واستِنماءِ المالِ، لا في أَداء الزَّكاةِ.

فإن أَذِن كلُّ واحِدٍ منهما لصاحِبه أن يُؤدِّيَ الزَّكاةَ عنه، فأدَّيا معًا: ضَمِن كلُّ واحِدٍ نَصيبَ صاحِبِه، عَلِم أو لم يَعلَم عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وعندَهما: لا يَضمَنُ إن لم يَعلَم.

وإن أدَّيا على التَّعاقُب: ضَمِن الثّاني للأوَّل عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، عَلِم بأَداء الأوَّلِ أوْ لا.

وعندَهما: إن عَلِم بأَداء صاحِبِه ضَمِن، وإلا لا، كذا أَشار في كِتاب الزَّكاةِ، وفي «الزِّيادات»: لا يَضمَنُ، عَلِم بأَداء شَريكِه أوْ لا، وهو **الصَّحيحُ** عندَهما.

وكذا لو دَفَع مالَه إلى رَجُلٍ ليُكفِّرَ عنه، فكَفَّر الآمِرُ، ثم كَفَّر الْمَأمورُ وهو لا يَعلَمُ: ضَمِن عندَه، خِلافًا لهما.

وكذا الخِلافُ في الوَكيل[1] بأَداء الزَّكاةِ إذا أدّى بعدَ أداءِ الْمُوكِّلِ بنفسه.

(١) في (ج) و(هـ): التوكيل.

لهما: أنه أَتى بما أُمِر به، فلا يَضمَنُ؛ وهذا لأن الْمَأمورَ به التَّمليكُ من الفَقير[1]؛ إذ الظّاهرُ أنه إنما يَأمُرُ بما يَندرِجُ في وُسعه، والتَّمليكُ من الفقير يَندرِجُ في وُسعه، لا[2] وُقوعُ الْمُؤدّى زَكاةً؛ لتَعلُّقه بنِيّة الْمُوكِّلِ، حتى تَقَعُ زَكاةً وإن لم يَنوِ الوَكيلُ إذا نَوى الْمُوكِّلُ، ولا تَقَعُ زَكاةً لو كان على العَكس، وصار كالْمَأمور بذَبح دمِ الإحصارِ إذا ذَبَح بعدَما زال الإحصارُ وحَجَّ الآمِرُ: لم يَضمَن الْمَأمورُ، عَلِم به أوْ لا.

وله: أنه دَفَع مالَه إلى الفَقير بلا أَمره، فيَضمَنُ، كما قَبل التَّوكيلَ؛ وهذا لأنه أَمَره بأَداء الزَّكاةِ، ولم يُؤَدِّ الزَّكاةَ؛ لأن مُوجَبَ أداءِ الزَّكاةِ سُقوطُ الفرضِ عن ذِمّته، وقد سَقَط بأَداء الْمُوكِّلِ بنَفسه، فلا يُتصوَّرُ سُقوطُه بأَداء الوَكيلِ، فصار أداءُ الْمُوكِّلِ عزلًا للوَكيل حُكمًا؛ لفَوات المحَلِّ، وذا لا يَختلِفُ بالعِلم والجهلِ، كالوَكيل ببَيع العبدِ إذا أعتَقه الْمُوكِّلُ يَنعزِلُ، عَلِم به أوْ لا.

وأما دمُ الإحصارِ.. فعن الثَّلجيّ[3]: أنها على الخِلاف.

ووجهُ الفرقِ بعدَ التَّسليمِ: أن إراقةَ الدَّمِ لا تَجِبُ على الْمُحصَر، فله أن لا يَبعَثَ بالهَدْيِ، ويَمكُثَ حتى يَزولَ الإحصارُ، ولَمّا لم يَجِب عليه لم يُراعَ جانِبُ الإراقةِ، ورُوعِيَ جانِبُ الْمُراقِ، وهو أن تَحصُلَ الدَّمُ مُراقةً على وَجه القُربةِ، وذا لا يَختلِفُ بقِيام الإحصارِ وزَوالِه، وهنا الأداءُ واجِبٌ عليه، فكان قصدُه في التَّوكيل إسقاطَ الواجِبِ عن ذِمّته، ولم يَحصُل بعدَ أداءِ الْمُوكِّلِ.

أذِن أحَدُ الْمُتفاوِضَين بشِراء أمةٍ ليطَأَ، ففَعَل: فهي له بلا شيءٍ(س م).

---

(١) في (و): الوكيل.

(٢) في (هـ): لأن.

(٣) في (هـ): البلخي.

وإذا أَذِن أحدُ الْمُتفاوِضَين لصاحِبه بشِراء أمةٍ ليَطَأَها، ففعَل، أي اشتَراها الْمَأمورُ، وأدّى الثَّمَنَ من مال الشِّرْكةِ: فهي له بغَير شيءٍ، أي لا يَغرَمُ لشَريكه شيئًا، وهذا عند أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وعندَهما: يَرجِعُ عليه بنِصف الثَّمَنِ؛ لأن الشِّراءَ وَقَع للمَأمور على الخُصوص، فكان الثَّمَنُ واجِبًا عليه على الخُصوص، وقد أدّى الثَّمَنَ من مال الشِّرْكةِ، فيَرجِعُ عليه بنِصف الثَّمَنِ، كما إذا اشتَرى طَعامًا أو كِسوةً لأَهله، وقَضى ثَمَنَه من مال الشِّرْكةِ.

وهذا لأن من ضَرورة حِلِّ الوطءِ اختِصاصَه بالْمِلك؛ إذ لو وَقَع مُشتركًا لحَرُم الوطءُ، واختِصاصُه به يَنبَني على[1] الاختِصاص بسَبَبه، وهو الشِّراءُ.

وله: أن الشِّراءَ وَقَع على الشِّرْكة، وأدّى الثَّمَنَ من مال الشِّرْكةِ، فلا يَرجِعُ عليه شَريكُه بشيءٍ منه، كما لو اشتَراها بغَير أمرِ شَريكِه؛ وهذا لأن مُقتَضى الْمُفاوَضةِ أن يَقَعَ كلُّ شِراءٍ وبيعٍ على الاشتِراك؛ تَحقيقًا للمُساواة، وهما لا يَملِكان تَغييرَ مُقتَضاها مع بَقائِها.

وحِلُّ الوطءِ له لا لوُقوع الشِّراءِ له على الخُصوص، بل لأن الْمُشتريَ تَملَّك نَصيبَ الشَّريكِ بعدَ الشِّراءِ بتَمليكٍ من جِهَته، وهذا التَّمليكُ ثَبَت في ضِمن الإذنِ بالوَطء؛ إذ مع وُقوعِ الشِّراءِ على الشِّرْكة لا يَحِلُّ له وطؤُها إلا بعدَ تَمليكِ الآذِنِ نَصيبَه منه بطَريق الهِبةِ، فاقتَضى الإذنَ بالوَطء بلا ذِكر عِوَضٍ شَرطَه، وهو الهِبةُ، وهي جائزةٌ في الشّائع فيما لا يَنقسِمُ، فكأن الآذِنَ قال له: (اشتَرِ هذه الأمةَ على الشِّرْكة، ثم تَملَّكْ نَصيبي بالهِبة).

فإذا اشتَرى وقَبَض: تَمّت الهِبةُ، كما لو اشتَرياها، ثم وَهَب أحَدُهما نَصيبَه من

(١) في (ج) و(هـ): ينبوع عن.

صاحِبه: فإنها تَصيرُ له، ويَحِلُّ وطؤُها، والثَّمَنُ عليهما.

بخِلاف الطَّعامِ والكِسوةِ؛ لأن ذا مُستثنًى من قَضِيّة الشِّرْكةِ بحُكم الضَّرورة؛ إذ الحاجةُ إلى الطَّعام والكِسوةِ أصليّةٌ لازِمةٌ، والتَّخصيصُ بالهِبة باطِلٌ؛ لأنه مُنقسِمٌ، فيقَعُ الْمِلكُ في الْمُشترَى للمُشتري على الخُصوص بنَفس الشِّراءِ، فيكونُ الثَّمَنُ عليه على الخُصوص، والحاجةُ إلى الوطءِ غيرُ مَعلومةِ الوُقوعِ في مُدّة الشِّرْكةِ، فلم يَثبُت الاستِثناءُ حالَ الوُقوعِ؛ لعَدَمها[1] في الحال، والوُقوعُ بعدَ ذلك مُحتمَلٌ، فلم يَثبُت الاستِثناءُ بالشَّكّ.

وللبائِع أن يَأخُذَ بالثَّمَن أيَّهما شاء عندَهم؛ لأنه دَينٌ وَجَب بالتِّجارة، والْمُفاوَضة تَقتَضي الكَفالةَ.

أمَر أحَدُهما رَجُلًا بشِراء عبدٍ بألفٍ، ولم يَنقُد، فنَقَضا، وفاوَض كلٌّ آخَرَ، فاشتَرى: سَلِم للآمِر[2]، وتَبِعه، أو الثّاني، ثم رَجَع عليه.

وإن أمَر أحدُ الْمُتفاوِضَين رَجُلًا بشِراء عبدٍ بألفٍ، ولم يَدفَع إليه الثَّمَنَ، فنَقَضا عقدَ الْمُفاوَضةِ، وفاوَض كلُّ واحِدٍ منهما رَجُلًا آخرَ، ثم اشتَرى الْمَأمورُ عبدًا وهو يَعلَمُ بمُناقَضتهما أوْ لا: فالشِّراءُ للآمِر خاصّةً، ولا يَكونُ للشَّريك الأوَّلِ منه شيءٌ؛ لأن نَفاذَ تَوكيلِه عليه ثَبَت ضِمنًا للمُفاوَضة[3]، فبَطَل ببُطلان الْمُتضمِّنِ بلا شَرط عِلمٍ؛ لأنه عزلٌ حُكميٌّ.

ولا للثّاني؛ لأن الْمِلكَ في الْمُشترَى إنما يَقَعُ للآمِر بسبَبٍ سابِقٍ على شِرْكة الآخَرِ،

---

(١) في (و): لأحدهما.

(٢) في (م): الأمر.

(٣) في (د): للمقاصة.

وهو التَّوكيلُ السّابقُ، ولولا ذلك التَّوكيلُ السّابقُ لَمَا وَقَع الْمِلكُ له في العَبد[1]، والْمِلكُ إذا وَقَع لأحَد الشَّريكَين بسببٍ سابِقٍ على الشَّرْكة لا يُشارِكُه الآخَرُ فيه.

كما لو اشتَرى عبدًا بشَرط الخِيارِ للبائِع، ثم فاوَض الْمُشتَري رَجُلًا، ثم أسقَط[2] الخِيارَ: فإنه لا يَكونُ لشَريكه في العَبد شِرْكةٌ، ويُخيَّرُ بين أن يَرجِعَ على الآمِر؛ لأنه وَكيلُه، أو على شَريكه الثّاني؛ لأنه شَريكُه حالَ وُجوبِ الثَّمَنِ، فيَكونُ كَفيلًا عنه حالَ وُجوبِ الثَّمَنِ على الآمِر، واختِصاصُه به لا يَمنَعُ الضَّمانَ، كما في شِراء الطَّعامِ لأَهله، ثم يَرجِعُ شَريكُه عليه.

ولو دَفَع كُرًّا، وأمَره بشِراء عبدٍ به، فاشتَرى بمِثله في الذِّمّة.. إن عَلِم بنَقضهما: سَلِم للآمِر، وإلا فبينَ الآمِرِ والأوَّلِ، فإن هَلَك قبلَ الدَّفعِ: تَبِع الآمِرَ، أو[3] الثّانيَ ثم تَراجَعا.

ولو دَفَع إليه أحَدُهما كُرَّ بُرٍّ، وأمَره بشِراء عبدٍ به، فاشتَرى بكُرٍّ مِثلِه في الذِّمّة: جاز استِحسانًا؛ لأنه أمَره بالشِّراء بكُرٍّ وسَطٍ، وقد اشتَرى به.

فإن لم يَشتَرِ الوَكيلُ حتى نَقَضا الْمُفاوَضةَ، وفاوَض كلٌّ آخَرَ، ثم اشتَرى الوَكيلُ.. فإن عَلِم بمُناقَضتهما: سَلِم العبدُ للآمِر، وإن لم يَعلَم: فهو بينَ الآمِرِ وشَريكِه الأوَّلِ[4].

والفرقُ: أنه لو انعزَل وقد سَلَّم الكُرَّ يَضمَنُ نِصفَه للشَّريك[5] الأوَّلِ، فيَتضرَّرُ به،

---

(1) في (هـ): العقد.

(2) في (هـ): أسقطا.

(3) في (م) و(ع): و.

(4) في (ج) زيادة: لأن الأمر تعلق بمال الشركة، وباعتباره ثبت معنى الوكالة، والقياس: أن ينعزل إذا علم بمناقضتهما؛ لأن المناقضة عزل قصدي، ولو عزله قصدًا لا يجوز له أن يتصرف، فكذا هذا، والفرق أنه... إلخ.

(5) في (ب): الشريك، وفي (هـ): لشريكه.

بخِلاف ما إذا لم يَنقُده.

فإن هَلَكَ الكُرُّ قبلَ الدَّفعِ: له أن يَرجِعَ على الآمِرِ أو على شَريكه الثّاني، ثم يَتراجَعان؛ لِما مَرّ.

والأصلُ فيما بعدَ هذا من الْمَسائِل: أن أحدَ الشَّريكَين إذا قَبَض شيئًا من الدَّين الْمُشترَكِ: فلشَريكه حقُّ الْمُشارَكةِ في الْمَقبوض؛ لأن الدَّينَ الْمُشترَكَ بمَنزِلة العَينِ الْمُشترَكةِ، فكما لا يَختصُّ أحدُ الشَّريكَين في العَين بشيءٍ منه دونَ شَريكِه.. فكذا في الدَّين.

والدَّينُ الْمُشترَكُ: أن يَكونَ واجِبًا بسبَبٍ مُتَّحِدٍ، كثَمَنِ الْمَبيعِ إذا كان صَفْقةً واحِدةً، وثَمَنِ المالِ الْمُشترَكِ، وقِيمةِ الْمُستهلَكِ الْمُشترَكِ.

أُمِرا بقَضاء الدَّينِ، فقَضَيا بمالٍ مُشترَكٍ، أو باعا أو آجَرا صَفْقةً، أو غَصَبا عبدًا، فغَصَب منهما رَجُلٌ، أو باعاه، فضَمِنا، أو كان لهما عبدٌ، فغَصَبه أحَدُهما، وباعَه: شَرِكه الآخَرُ فيما قَبَض أحَدُهما.

إذا عَرَفنا هذا فنَقولُ: إذا أُمِر رَجُلان بقَضاء الدَّينِ، فقَضَيا بمالٍ مُشترَكٍ: شَرِكه الآخَرُ فيما قَبَض أحَدُهما؛ لأن رُجوعَ الْمَأمورِ على الآمِرِ بحُكم الأداءِ، ولهذا لا يَرجِعُ قبلَ الأداءِ.

فإن كان الْمُؤدّى مُشترَكًا بينَهما: كان لكلِّ واحِدٍ منهما حقُّ الْمُشارَكةِ في الْمَقبوض، وإن لم يكن الْمُؤدّى مُشترَكًا: لا يَشرَكُه.

وكذا لو باعا أو آجَرا عبدًا بينَهما، أو باعا أو آجَرا عبدًا لهذا وأمةً لهذا صَفْقةً واحِدةً.. فما قَبَض أحَدُهما شَرِكَه الآخَرُ؛ لاتِّحاد السَّبَبِ، والإجارةُ بيعُ الْمَنفَعةِ، فيَكونُ كبَيع العَينِ.

فإذا اتَّحدت الصَّفْقةُ كانت الأُجرةُ مُشتركةً بينَهما، وإن تَفرَّقت لا.

وكذا لو غَصَب رَجُلان عبدًا، ثم غَصَب منهما رَجُلٌ، أو باعاه، ثم مات.. فإن ضَمَّنهما المالِكُ: رَجَعا على الثّالِث، وما قَبَض أحَدُهما شَرِكه الآخَرُ؛ لأنهما مَلَكا العبدَ مُستنِدًا، فتبيَّن أن الثّالثَ غَصَب أو اشتَرى مِلكَهما، وسببُ الضَّمانِ مُتَّحِدٌ، وهو غصبُه أو شِراؤُه منهما.

ولو كان عبدٌ لرَجُلَين، فغَصَب أحَدُهما نصيبَ صاحِبِه، وباعه من رَجُلٍ آخرَ: نَفَذ في نَصيبِه، وتَوقَّف في نَصيب صاحِبه.

فلو قَبَض شيئًا بعدَ الإجازةِ أو قبْلَها: شَرِكه الآخَرُ؛ لأن الإجازةَ تَستنِدُ إلى وَقت العقدِ، فكأنه باع بإذنه.

ولو غَصَبه آخرُ، وباع معه، فأَجاز بعدَ قبضِ المالِكِ قِسطَه: لم يَشتركا.

ولو غَصَب رَجُلٌ آخرُ نَصيبَ أحَدِهما، وباعه مع الشَّريكِ الآخَرِ صَفْقةً، ثم أَجاز المالِكُ.. فما قبض أحَدُهما شَرِكه الآخَرُ، فلو أَجاز بعدَ قبضِ المالِكِ قِسطَه لم يَشتركا؛ لتَفرُّق الصَّفْقةِ بتَعدُّد البائِعِ، وثَمَّ[1] اتَّحدت؛ لاتِّحاد البائِعِ.

كالكَفيلَين، والوَكيلَين بالشِّراء، وشاهِدَي الكِتابةِ، والبيعِ بألفٍ إلى سَنةٍ، إن رَجَعا وضَمِنا، وعَتَق بالأَداء إليهما، والوَلاءُ لسَيِّده، ورَدَّ ما قَبَض، ورَجَع بما قَبَضاه لو فَسَخ.

وهذا كالكَفيلَين، فإن الْمَديونَ إذا أَمَر رَجُلَين بالكَفالة عنه بألفٍ، فكَفَلا عنه، وأدّيا من مالٍ مُشتَركٍ، ثم قَبَض أحَدُهما شيئًا: لم يُشارِكه الآخَرُ؛ لأن سبَبَ الرُّجوعِ الضَّمانُ لا الأداءُ، وكَفالةُ كلِّ واحِدٍ منهما لا تَتعلَّقُ صِحّتُها بالأُخرى؛ ألا تَرى أن الْمَكفولَ له

---

(١) في (ب) و(هـ): ثم.

لو قَبِل كَفالةَ أحَدِهما دونَ الآخرِ صَحّ، فكان الْمَقبوضُ بدَلًا عن الْمَضمون لا عن الْمَدفوع، وما في ذِمّة كلٍّ واحِدٍ مُمتازٌ عن الآخر.

وكالوَكيلَين بشِراء أمةٍ بألفٍ، فاشتَريا، ونُقِد[1] الثَّمَنُ من مالٍ مُشترَكٍ أو غيرِ مُشترَكٍ، ثم قَبَض أحَدُهما شيئًا من الْمُوكِّل: لا يُشارِكُه الآخَرُ فيه؛ لأن رُجوعَ الوَكيلِ بالشِّراء على الْمُوكِّل ليس بحُكم الأداءِ؛ ألا تَرى أنه يَرجِعُ عليه قبلَ الأداءِ، بل بعقدٍ حُكميٍّ جَرى بينَ الوَكيلِ والْمُوكِّلِ، فكأنهما اشتَريا وباعا من الْمُوكِّل كلُّ واحِدٍ بعقدٍ على حِدَةٍ، ولو صَرَّحا بذلك لا يُشارِكُه الآخَرُ، كذا هنا.

وكذا لو شَهِدا أنه كاتَب عبدَه أو باعه إلى سنةٍ، وقُضِي به، ثم رَجَعا: فإن شاء الْمَولى رَضِي بالكِتابة والبيعِ بألفٍ إلى سنةٍ، وإن شاء ضَمَّن الشّاهِدَين قِيمتَه، وأحدُ الشّاهِدَين إذا قَبَض شيئًا من الْمُكاتَب أو الْمُشتَري لم يَشرَكه الآخَرُ فيه؛ لأن السَّبَبَ رُجوعُهما، وهو مُختلِفٌ؛ إذ رُجوعُ هذا لا يَتعلَّقُ برُجوع ذلك.

ويَعتِقُ الْمُكاتَبُ بالأَداء إليهما؛ لِقيامهما مَقامَ الْمَولى في مِلك البدَلِ، فيَعتِقُ بالأداء إليهما، كما لو أدّى إلى الْمَولى.

والوَلاءُ لسَيِّده؛ لأنهما لم يَملِكا الرَّقَبةَ، بل مَلَكا البدَلَ، والعِتقُ يَقعُ عن الْمَولى.

ولو عَجَز الْمُكاتَبُ، وانفَسَخت الكِتابةُ، أو[2] انفَسَخ البيعُ: رَدَّ السَّيِّدُ على الشّاهِدَين ما قَبَض منهما من الضَّمان؛ لارتِفاع سبَبِ الضَّمانِ، وهو قَصْرُ اليدِ؛ لعَود قَديمِ مِلكِه.

ورَجَع الْمَولى بما قَبَضاه من الْمُكاتَب؛ لأنه كسبُ عبدِه.

ورَجَع الْمُشتَري أيضًا بما قَبَضاه من الثَّمَن.

---

(١) في (ج): ونقدا.

(٢) في (أ): و.

استَولَد مُشتَرِي أمةٍ، وقُضِي للمُستحِقَّين بها، وبالعُقر وقِيمةِ الوَلَدِ معًا: اشترَكا، وإلا في غَير الوَلَدِ، والبِناءُ كالوَلَد.

وإذا استَولَد مُشترِي الأمةِ، فجاء رَجُلان، واستَحَقّاها بالبيِّنة.. فإن قُضِي للمُستحِقَّين عليه بالأَمة[1] والعُقرِ وقِيمةِ الولَدِ معًا: اشترَكا فيما يَقبِضُه أحَدُهما.

لأن الأمةَ مُشتركةٌ، والعُقرَ بدَلُ جُزءٍ مُشترَكٍ؛ لأنه بدَلُ الْمُستوفَى بالوَطء، وهو في حُكم جُزءٍ من العَين، وحُكمُ البدَلِ حُكمُ الْمُبدَلِ، وقِيمةُ الولَدِ وَجَبت بالقَضاء؛ لأن حقَّه في الوَلَد، وإنما يَنتقِلُ الحقُّ من عَينه إلى القِيمة بالقَضاء، ولهذا تُعتبَرُ قِيمتُه يومَ القَضاءِ، وهو مُتَّحِدٌ[2].

وإلا في غَير الولَدِ، أي إن وَقَع القَضاءُ مُتفرِّقًا، بأن قُضِي لهما بالأَمة لا غيرُ، فغاب أحَدُهما، وقُضِي للحاضِر بنِصف العُقرِ وبنِصف قِيمةِ الولَدِ، ثم حَضَر الآخَرُ، وأَقام البيِّنَةَ، وقُضِي له بالنِّصف الآخرِ: فله أن يُشارِكَ الأوَّلَ[3] فيما قَبَض من الأَمة؛ لِما مَرّ، والعُقرِ؛ لأنه بدَلُ جُزءٍ مُشترَكٍ بينَهما.

ولا يُشارِكُه[4] فيما قَبَض من قِيمة الولَدِ[5]؛ لأن الولَدَ انقلَب مالًا بالقَضاء، وهو مُتفرِّقٌ.

والبِناءُ كالوَلَد، حتى لو اشتَرى رَجُلان دارًا، وبَنيا فيها، ثم استَحَقَّها رَجُلٌ، وأمَر

---

(١) في (هـ): بالأجر.

(٢) في حاشية (ج): مستحل. نسخة.

(٣) في (ج): أن يشارك في النصف الأول.

(٤) في (هـ): ولا مشاركة.

(٥) في (د): الولاء.

الْمُشتريين بنَقض[1] البِناءِ: فلهما الخِيارُ، إن شاءا أخَذا النِّقضَ، وإن شاءا رَجَعا بقِيمة البِناءِ مع الثَّمَنِ على البائع، وكان النِّقضُ للبائع.

فإن قُضِي لهما معًا: شَرِك أحَدُهما صاحِبَه فيما قَبَض منه، وإن كان القَضاءُ لهما مُتعاقِبًا لم يَشترَكا؛ لأن حقَّهما في عَين النِّقضِ، وإنما يَتحوَّلُ إلى القِيمة بالقَضاء.

ولو جَنى مُكاتَبٌ، وقُضِي للوَلِيَّين معًا بقِيمته: اشترَكا، وإلا لا، كجِنايته[2]، وفي الْمُدبَّر اشترَكا.

ولو جَنى مُكاتَبٌ، بأن قَتَل رَجُلًا خطَأً، وله وَلِيّان.. فإن قُضِي لهما معًا على الْمُكاتَب بقِيمته: اشترَكا، وإلا لا؛ لأن جِنايةَ الْمُكاتَبِ تَتعلَّقُ برَقَبته ابتِداءً، ولهذا لو عَجَز قبلَ القَضاءِ يُخاطَبُ سَيِّدُه بالدَّفع أو الفِداءِ، وإنما يَتحوَّلُ إلى القِيمة بالقَضاء.

كجِنايته، بأن قَتَل رَجُلَين[3] خطَأً، ولكلِّ واحِدٍ منهما وليٌّ: لم يُشارِك أحَدُهما صاحِبَه، سَواءٌ كان القَضاءُ معًا أو مُتفرِّقًا؛ لأن الشِّرْكةَ لم تَتحقَّق في أَصل الحقِّ، لاختِلاف سبَبِ الوُجوبِ، فالجِنايةُ على زيدٍ غيرُ الجِنايةِ على عمرٍو.

ولو كان الجاني مُدبَّرًا: اشترَكا، سَواءٌ وَقَع القَضاءُ معًا أو مُتفرِّقًا؛ لأن جِنايةَ الْمُكاتَبِ لم تُوجِب القِيمةَ بنَفسها، وإنما وَجَبت بالقَضاء؛ إذ اليأسُ عن الدَّفع الذي هو الْمُوجَبُ الأصليُّ لم يَثبُت؛ لإمكانه بالعَجز، فكان وُجوبُ القِيمةِ مُضافًا إلى القَضاء، فاعتُبِر اجتِماعُه وتَفرُّقُه[4].

---

(١) في (هـ): بقبض.

(٢) في (س) و(ع): كجنايتيه.

(٣) في حاشية (ج): رجل. نسخة.

(٤) في (ج): وتفرقه عنده.

وفي الْمُدبَّر القِيمةُ مُتحتِّمةٌ[1]؛ لتَعذُّر الدَّفعِ، فكان سبَبُ وُجوبِ القِيمةِ لهما واحِدًا، وهو الجِنايةُ، فإذا اشترَكا في أَصل الحقِّ اشترَكا في الْمَقبوض.

سَيِّدٌ اختَار دَفْعَ نِصفِ الجانِي، أو فِداءه إلى أَحَد وَلِيَّي دمٍ، لا دَمَين: ظَهَر فيهما، واشترَكا، وصُلحَه مع أَحدِهما: لا، واللهُ أعلَمُ.

ولو كان الجانِي عبدًا، وللمَقتول وَلِيّان، واختَار السَّيِّدُ دفْعَ نِصفِ الجانِي أو فِداءَه إلى أَحَد وَلِيَّي الدَّمِ الواحِدِ: فهو اختِيارٌ في حقِّ الآخَرِ، واشترَكا في الْمَقبوض؛ لاتِّحاد السَّبَبِ، وهو الجِنايةُ والاختِيارُ.

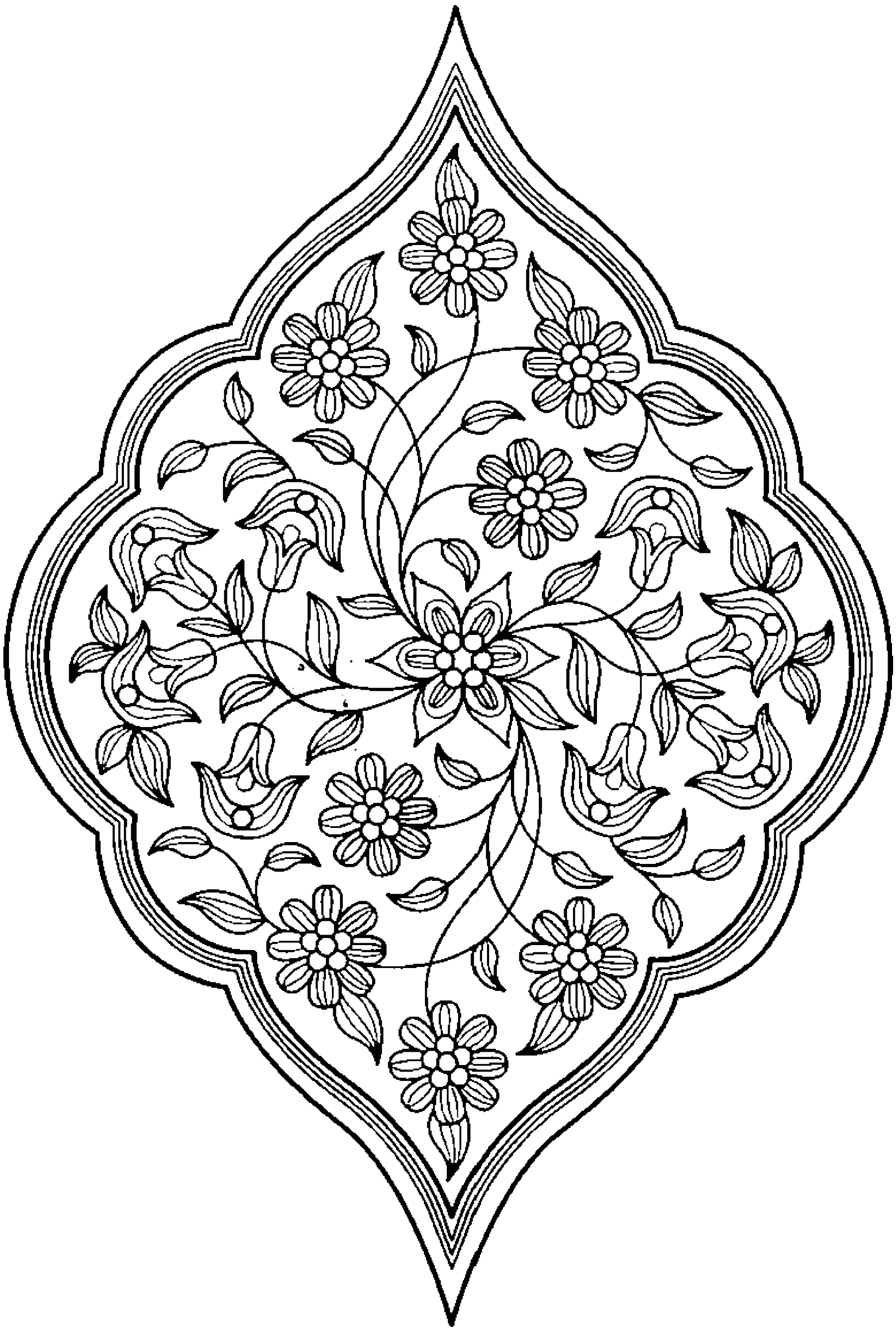
ولو قَتَل رَجُلَين، فدَفَع النِّصفَ إلى أَحَدهما، أو فَدى النِّصفَ: لم يَشرَكه الآخَرُ؛ لعَدَم الشِّرْكةِ في أَصل الحقِّ.

ولو قَتَل رَجُلًا عمدًا، وله وَلِيّان، فصالَح الْمَولى مع أَحَدِهما على ألفٍ: لم يَشترِكا؛ لأن حقَّهما في الأَصل القِصاصُ، وإنما تَحوَّل إلى الأَلف بالصُّلح، وإنه مُختلِفٌ، حتى لو صالَحا جُملةً اشترَكا، واللهُ أعلَمُ بالصَّواب.

---

(١) في (ج): متعينة، وفي (د): مستحقة.

كِتَابُ الوَقْفِ



كتاب الوقف

كِتابُ الوقفِ[1]

الوقف: حبسُ الأصلِ، والتَّصدُّقُ بالفَرع.

هو في الأَصل مَصدَرُ وَقَفُه: إذا حَبَسه، وقفًا، ووَقَف بنَفسه وُقوفًا، يَتعدّى ولا يَتعدّى، ومنه: وَقَف أرضَه على وَلَده؛ لأنه حَبَس الْمِلكَ عليه، وقِيل للمَوقوف (وقفٌ): تَسمِيةً بالْمَصدَر، وجُمِع على أوقافٍ، كوَقتٍ وأوقاتٍ.

وقالُوا: لا يُقالُ: (أوقفه) إلا في لُغةٍ رَدِيّةٍ قَليلةٍ حَكاها الغُوريُّ والأزهَريُّ[2].

وهو في الشَّرع عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **حبسُ العَينِ على مِلك الواقِفِ، والتَّصدُّقُ بالْمَنفَعة على الفُقَراء، أو على وجهٍ من وُجوه الخيرِ، بمَنزِلة العَواريِّ.**

ثم قِيل: الْمَنفَعةُ مَعدومةٌ، والتَّصدُّقُ بالْمَعدوم لا يَصِحُّ، فلا يَجوزُ الوقفُ أصلًا عندَه، **والأصَحُّ**[3] أنه جائزٌ إجماعًا، إلا أنه غيرُ لازِمٍ عندَه، كالعارِيّة، فيُرجَعُ فيه، ويُباعُ،

---

(١) هو لغةً: مصدرُ (وَقَفه)، أي: حبسه، وقفًا، فهو واقف، وهم وُقوف، ووقف بنفسه وُقوفًا، يَتعدّى ولا يَتعدّى، ويُطلق على الموقوف مُبالَغةً، كضَرْب الأمير: لمضروبه، فيُجمع على الأوقاف، ولا يُقال: أوقفه، إلا في لُغةٍ رديئةٍ، كما في «الْمُغرِب» وغيره.

وفيه إشعارٌ بأن التضعيف ضعيف، ففي «الدُّرِّ الْمَصون»: إنَّ (أوقفه) لم يُسمع عند أبي عمرو، وسُمِع عند غيره، على أن التَّعدية بالهمزة قياسيةٌ. انتهى. «الدر المنتقى» ٣/ ٢٥٩.

(٢) في حاشية (ج): والكسائي أيضًا.

(٣) في (و): والصحيح.

ويُوهَبُ، ويُورَثُ.

وعندَهما: حبسُ العَينِ على حُكم مِلكِ اللهِ تَعالى -فيَزولُ مِلكُ الواقِفِ عنه إليه تَعالى- على وجهٍ يَعودُ نفعُه إلى العِباد.

فيَلزَمُ، ولا يُباعُ، ولا يُوهَبُ، ولا يُورَثُ، كالْمَسجِد.

واللَّفظُ يَحتمِلُ الْمَذهَبين، والتَّرجيحُ بالدَّليل.

لهما: ما رُوِي أن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كانت له أرضٌ تُدعى ثَمْغَ، فقال عمرُ: يا رَسولَ اللهِ! إنِّي استَفدَتُ مالًا، وهو عِندي نَفيسٌ، أفأتَصدَّقُ به؟ فقال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «تَصدَّقْ بأَصلِها، لا تُباعُ، ولا تُوهَبُ، ولا تُورَثُ، ولكن لِتُنفِقْ[1] ثَمرَتَه»[2]، فقد نَصَّ

---

(١) في (ج): أنفق.

(٢) قال في «نصب الراية» ٣/ ٤٧٦: أخرجه الأئمة الستة (البخاري ٢٧٣٧، ومسلم ١٦٣٢، وأبو داود ٢٨٧٨، والترمذي ١٣٧٥، والنسائي ٣٥٩٩، وابن ماجه ٢٣٩٦) عن نافع عن ابن عمر، قال: أصاب عمر بخيبر أرضًا، فأتى إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: أصبت أرضًا لم أصب مالًا قط أنفس منه، فكيف تأمرني به، قال: «إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها»، فتصدق عمر أنه لا تباع أصلها، ولا توهب، ولا تورث، في الفقراء والقربى والرقاب وفي سبيل الله والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، أو يطعم صديقًا غير متمول فيه. انتهى.

وفي بعض طرق البخاري: فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تصدق بأصله، لا تباع، ولا توهب، ولا تورث، ولكن ينفق ثمره»، فتصدق به عمر بن الخطاب... الحديث. وقال فيه: إن هذا المال كان نخلًا، وزاد أبو داود: قال يحيى بن سعيد: نسخها لي عبد الحميد بن عبد الله بن عبد الله بن عمر بن الخطاب -يعني نسخة الصدقة-: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما كتب عبد الله عمر في ثمغ، فقص من خبره نحو حديث نافع، وقال: وإن شاء ولي ثمغ اشترى من ثمره رقيقصا لعمله، وكتب معيقيب، وشهد عبد الله بن الأرقم: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث لي حدث أن ثمغ وصرمة بن الأكوع والعبد الذي فيه والمائة سهم التي بخيبر ورقيقه الذي فيه والماء التي=

على أنه لازِمٌ.

وكذا وَقَف رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَوائِطَ[1].

وأوقافُ إبراهيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ باقِيةٌ اليومَ[2]، وكذا أوقافُ الصَّحابةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ بمَكّةَ والْمَدينةِ[3].

ولأن الإنسانَ يَحتاجُ إلى صَدَقةٍ دائِمةٍ على وجهٍ لا يَرِدُ عليه النَّقضُ[4]، وذا في لُزومه، وأمكَن القولُ به، بأن تَزولَ رَقَبتُه عن مِلكه إليه تَعالى، وله[5] نَظيرٌ في الشَّرع، وهو الْمَسجِدُ، فالْمَساجِدُ تَصيرُ لله تَعالى ضَرورةَ ما قَصَده، وهو كونُه مُصلًّى للمُسلِمين

=أطعمه محمد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالوادي.. تليه حفصة ما عاشت، ثم يليه ذو الرأي من أهلها، أن لا يباع، ولا يشترى، ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم، وذي القربى، ولا جناح على من وليه أن يأكل أو آكَلَ، أو اشترى رقيقًا منه. انتهى. آكل بالمد: أي أطعم.

(١) وقفه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لحوائط في المدينة المنورة ورد في الصحيحين وغيرهما، ومن ذلك ما رواه مسلم (١٧٥٩)، وقال القاضي عياض رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في «إكمال المعلم» ٦/ ٧٨: تفسير صدقات النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ... وذلك أن صدقاته التي تَخلَّفَها صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تصيَّرت إليه بثلاثة حقوق: أحدها: ما وهبه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وذلك وصية مخيريق اليهودي عند إسلامه يوم أحد، وكانت سبعة حوائط في بني النضير... وانظر «التعريف والإخبار» ٢/ ٢٩٢.

(٢) في (هـ): إلى يومنا.

وبيض له العلامة قاسم في «التعريف والإخبار» ٢/ ٢٩٥، وممن ذكره من أئمتنا الإمام السرخسي في «المبسوط» ١٢/ ٢٨.

(٣) من ذلك وقف سيدنا عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، كما في البخاري (٢٧٦٤)، وكما ذكر هنا أيضًا، وانظر الآثار الواردة في أوقاف الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ في «الإسعاف في أحكام الأوقاف» ص٥ وما بعدها. وانظر «التعريف والإخبار» ٢/ ٢٩٢.

(٤) في سوى (ب) و(ج): النقص.

(٥) في (أ) و(ب): فله.

على الدَّوام.

وبه وَضَح أنه إزالةٌ إلى أحدٍ، وهو اللهُ تَعالى، وهو مَشروعٌ، كما في الصَّدَقات، إلا أن غرَضَه ثَمَّ وُصولُ عَينِ ذلك إلى الفَقير، فوَجَب صرفُ عَينِه إليه بواسِطة جعلِه لله عَزَّوَجَلَّ، وهنا غرَضُه وُصولُ نفعِه إليه، فوَجَب القولُ به بواسِطة جعلِه[1].

وقِيل: الفَتوى على قَولهما.

وله: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا حَبْسَ عن فَرائِض اللهِ تَعالى»[2]، أي: لا مالَ يُحبَسُ بعدَ موتِ المالِكِ عن القِسمة بينَ وَرَثتِه، فمن قال بأنه لا يَبقى على مِلكه يَكونُ حبسًا عن فَرائِض اللهِ تَعالى.

وعن شُرَيحٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: جاء محمدٌ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ببَيع الحَبيسِ[3]، وهو: كلُّ ما وَقَفتَه لوَجه اللهِ تَعالى، أرضًا أو دارًا، فهذا نَصٌّ على أنه لا يَزولُ عن مِلكه بجَعله مَوقوفًا.

ولأن غرَضَه التَّصدُّقُ بمَنفَعة مالِه، وذا يَقتَضي بَقاءَه على مِلكه لا زَوالَه عنه حتى يَصيرَ تَصدُّقًا عنه، كما في العَواريِّ والْمِنَحِ.

---

(١) في (ج): جعله لله تعالى.

(٢) رواه الدارقطني (٤٠٦٢)، والبيهقي من طريقه (١١٩٠٨)، ورواه ابن أبي شيبة من كلام علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (٢٠٩٢٩)، ورواه الطبراني مرفوعًا (٧٨١) بلفظ: «لا حبس».

(٣) في (ج): الحبس.

قال في «نصب الراية» ٣/ ٤٧٧ ومثله في «الدراية» ٢/ ١٤٥: رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» في البيوع (٢٠٩٣١): حدثنا وكيع وابن أبي زائدة، عن مسعر، عن ابن عون، عن شريح قال: جاء محمد ببيع الحبيس. انتهى، وأخرجه البيهقي (١١٩١٠). انتهى.

قلت: ولفظ ابن أبي شيبة في المطبوعة اليوم: جاء محمد بمنع الحبس. وكذلك لفظ البيهقي المشار إليه، ورواه بلفظ آخر (١١٩١٢) وهو: جاء محمد صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بإطلاق الحبس.

ولأنه لو زال مِلكُه فإما أن يَزولَ إلى مِلك أحدٍ، وهو مُمتنِعٌ، أوْ لا إلى مِلك أحدٍ، والأموالُ لا تَقبلُه؛ لأنه يَكونُ قولًا بالتَّسييب[1]، وهو حَرامٌ.

بخِلاف الإعتاقِ؛ فإنه إسقاطٌ لصِفة الْمَملوكيّةِ، والآدَميُّ خُلِق مالِكًا في الأَصل، وصِفةُ الْمَملوكيّةِ عارِضةٌ فيه، فإذا رُفِعت عاد مالِكًا كما كان.

وبخِلاف الْمَسجِدِ؛ فإنه إزالةٌ إليه تعالى حتى يَصيرَ خالِصًا له، فلا يُنتفَعَ به بشيءٍ من مَنافِع الْمِلكِ، وإن كانت تَصلُحُ لها.

وهذا ليس بإزالةٍ إليه تَعالى؛ فإنه يُنتفَعُ به زِراعةً وسُكنى وغيرَهما كما يُنتفَعُ بالْمَملوكات، وما للعِباد فيه نفعٌ لا يَصلُحُ لله تَعالى؛ لأن ما لله تَعالى يَجِبُ أن يَكونَ بوَصف الخُلوصِ.

وإذا ثَبَت أن القولَ بالإزالة غيرُ مُمكِنٍ فوَجَب أن يَبقى على مِلكه ضَرورةً، ولهذا بَقِي رأيُه وتَدبيرُه بعدَه في نَصب القَيِّم، وتَوزيعِ الغَلّةِ، واعتُبِر شَرائِطُه، ولو خَرَج عن مِلكه لَمَا صَحَّ شرطُه في الغَلّة، كما لو أعتَق عبدَه بشَرط أن تُصرَفَ غَلّتُه إلى كذا، وجَعَل أرضَه مَسجِدًا بشَرط أن يُصلِّيَ فيه فُلانٌ دونَ فُلانٍ.

ومَرويُّهما مَحمولٌ على الوَقف الْمُضافِ إلى ما بعدَ الموتِ.

والْمِلكُ يَزولُ بالقَضاء لا إلى مالِكٍ[س م ف].

وإنما يَزولُ مِلكُ الواقِفِ عن الوَقف عندَه: بالقَضاء؛ لأن القاضِيَ إذا قَضى في محَلٍّ مُجتهَدٍ فيه يَنفُذُ.

وطَريقُه: أن يُسلِّمَ الواقِفُ ما وَقَفه إلى الْمُتولِّي، ثم يَرجِعَ مُحتجًا بعَدَم اللُّزومِ، فيَقضي القاضِي باللُّزوم، فيَلزَمُ.

(١) كذا في (ج)، وفي (ب) و(هـ): بالتسبيب، وباقي النسخ غير منقوطة.

ولو حَكَّما رَجُلًا، فحَكَم الحَكَمُ بلُزوم الوقفِ: فالصَّحيحُ أنه لا يَرتفِعُ الخِلافُ، وللقاضِي أن يُبطِلَه.

وما يُكتَبُ في صكِّ الوقفِ: أن قاضِيًا من القُضاة قَضى بلُزوم هذا الوقفِ، وبُطلانِ حقِّ الرُّجوعِ.. ليس بشيءٍ في الصَّحيح.

ولو علَّقه بمَوته، بأن يَقولَ: (إذا مِتُّ فقد وَقَفتُ داري على كذا): يَكونُ لازِمًا بالإجماع، ولكن عندَه: تكونُ رَقَبتُها مِلكًا لوَرَثته أو له، وعندَهما: لا تكونُ مَملوكةً لأحدٍ.

فعندَه: هو نَظيرُ العَواريِّ على التَّأبيد.. إن كان في حال الحَياةِ: لا يَلزَمُ، وإن كان بطَريق الوَصيّةِ: يَكونُ تَصدُّقًا بمَنافِعه مُؤبَّدًا، فيَلزَمُ، كالوَصِيّة بالْمَنافِع مُؤبَّدًا، وعندَهما: نَظيرُ الإعتاقِ واتِّخاذِ الْمَسجِدِ، فلا يَبقى على مِلكه.

وذَكَر الطَّحاويُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لو وَقَف في مَرَض موتِه فهو عندَه كالْمُضاف إلى ما بعدَ الموتِ، حتى يَلزَمُ؛ لأن تَصرُّفَ الْمَريضِ مَرَضَ الموتِ في الحُكم كالْمُضاف إلى ما بعدَ الموتِ، حتى يُعتبَرُ من ثُلُث مالِه.

والصَّحيحُ: أن ما باشَره في مَرَضه كالْمُباشَر في صِحّته، حتى لا يَلزَمُ، ولا يَمتنِعُ الإرثُ، كالعارِيّة، وعندَهما: يَلزَمُ، ويُعتبَرُ من الثُّلُث، والوقفُ في الصِّحّة من كلِّ المالِ.

وإذا كان الْمِلكُ يَزولُ عندَهما.. يَزولُ بالقَول عندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه شُرِع لإسقاط مِلكِ الواقِفِ عن العَين لا للتَّمليك، فيَصِحُّ بدُون التَّسليمِ، كالإعتاق.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا بُدَّ من التَّسليم إلى الْمُتولِّي؛ لأنه صَدَقةٌ؛ لحَديث[1] عمرَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، أي: «تَصدَّقْ بأصلها[2]»، فيَكونُ التَّسليمُ مِن شرطِه، كالصَّدَقة الْمُنفَذة،

(١) في (ب) و(ج): بحديث.

(٢) قوله: (أي تصدق بأصلها) مثبت من (هـ) وحاشية على (أ). وقد تقدم تخريجه.

بل أَولى؛ لأن جوازَه مُختلَفٌ فيه، وجَوازَها لا.

وهذا لأن التَّمليكَ منه تَعالى لا يَتحقَّقُ قصدًا؛ لأن ما في أيدِينا مِلكُه تَعالى على الحَقيقة، إلا أن ما يَثبُتُ له تَعالى من الحقِّ في الصَّدَقة يَثبُتُ في ضِمن التَّسليمِ إلى العَبد، فنَزَل مَنزِلةَ الزَّكَواتِ والصَّدَقاتِ، ولو تَمَّ قبلَ التَّسليمِ يَلزَمُه[1] التَّسليمُ، فيَصيرُ تبرُّعُه سبَبًا للُزوم ما لم يَتبرَّع به.

وإذا خَرَج عن مِلك الواقِفِ بالقَضاء عندَه، وبمُجرَّد الوقفِ[2] عندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وبالوَقف والتَّسليمِ عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا يَدخُلُ في مِلك الْمَوقوفِ عليه، وفي أحَد قَولَي الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَصيرُ مِلكًا للمَوقوف عليه، ولكن لا يُباعُ، ولا يُوهَبُ، ولا يُورَثُ؛ لأنه صَدَقةٌ عليه، فصار كالصَّدَقة الْمُنْفَذةِ.

ولنا: أنه لو مَلَك الْمَوقوفَ عليه لنَفَذ بيعُه وتَصرُّفاتُه، كما في سائِر أملاكِه، ولَمَا انتَقَل عنه بشَرائِط[3] الواقِفِ.

ولو[4] وَقَف دارَه على فُقَراء بَني فُلانٍ، ثم زال صِفةُ الفقرِ عن واحِدٍ منهم: لم يَبقَ مُستحِقًّا.

ولا يَتِمُّ حتى يُقبَضَ(ح س)، ويُفرزَ(س)[5]، ويُجعَلَ آخِرُه بجِهةٍ[6] لا تَنقطِعُ(س).

---

(١) في (هـ): لم يلزمه.

(٢) في (ج): القول.

(٣) في (أ) و(د): شرائط. وانظر «الهداية» ٣/ ١٦.

(٤) في (و): فإنه لو وقف.

(٥) فرزت الشيء وأفرزته: إذا عزلته، فالإفراز مصدر أفرز. «المطلع» ص٤٩١.

(٦) في (ن): لجهة.

ولا يَتِمُّ الوقفُ حتى يُقبَض ويُفرزَ، ويُجعلَ آخِرُه بجِهةٍ[1] لا تنقطِعُ أبدًا عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، خِلافًا لأبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

فهذه ثَلاثُ[2] شَرائطَ: القبضُ، والإفرازُ، والتَّأبيدُ.

أما القبضُ: فقد مَرّ.

وأما الإفرازُ: فلأبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن القِسمةَ من تَتِمّة القبضِ؛ لأنه للحِيازة، وتَمامُها فيما يُقسَمُ بالقِسمة، وأصلُ القبضِ عندَه ليس بشرطٍ، فكذا تَتِمّتُه؛ وهذا لأن الوقفَ عندَه إسقاطُ الْمِلكِ، كالإعتاق، والشُّيوعُ لا يَمنَعُ[3] الإعتاقَ، فلا يَمنَعُ الوقفَ أيضًا.

وأما عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فلا يَتِمُّ الوقفُ مع الشُّيوعِ فيما يَحتمِلُ القِسمةَ؛ لأن أصلَ القبضِ عندَه شرطٌ، فكذا ما يَتِمُّ به القبضُ، وتَمامُه فيما يَحتمِلُ القِسمةَ بالقِسمة[4].

وأما فيما لا يَحتمِلُ القِسمةَ: فيَصِحُّ مع الشُّيوعِ عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، حتى لو وَقَف نِصفَ الحمّامِ يَجوزُ، وإن كان مُشاعًا؛ لأنه لا يَحتمِلُ القِسمةَ..

واعتبَره بالصَّدَقة الْمُنْفَذةِ، فإنها لا تَتِمُّ في مُشاعٍ يَحتمِلُ القِسمةَ، وتَتِمُّ في مُشاعٍ لا يَحتمِلُها، فكذا الوقفُ يَجوزُ في مُشاعٍ لا يَحتمِلُ القِسمةَ، ولا يَجوزُ في مُشاعٍ يَحتمِلُها ما لم يُقسَم.

---

(١) في (هـ): لجهة.

(٢) في (هـ): ثلاثة.

(٣) في (هـ): والشيوع يتبع.

(٤) في (ج): بالقسمة والإفراز.

وعلى هذا: الخانُ، والْمَقبرةُ، والْمَسجِدُ، والسِّقايةُ، فإنها لا تَتِمُّ مع الشُّيوعِ فيما يَحتمِلُ القِسمةَ عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ولا يَتِمُّ الْمَسجِدُ والْمَقبَرةُ مع الشُّيوعِ فيما لا يَحتمِلُ القِسمةَ أيضًا؛ لأن بَقاءَ الشِّرْكةِ يَمنَعُ أن تكونَ البُقعةُ لله تَعالى خالِصةً.

ولأنّا لو جَوَّزنا ذلك لوَقَعت الحاجةُ إلى الْمُهايَأة، فيُقبَرُ فيه الْمَوتى سنةً، ثم يُنبَشُ في السَّنة الأُخرى ويُزرَعُ؛ مُراعاةً لحقِّ المالِكِ، ويُصلِّي النّاسُ في الْمَسجِد في وقتٍ، ويُتَّخَذُ إصطَبلًا في وقتٍ آخرَ، وذا قَبيحٌ.

بخِلاف الوقفِ، فالْمَقصودُ ثَمَّ الاستِغلالُ فيما صار وقفًا، وفيما بَقِي مِلكًا، فلو جاز مع الشُّيوعِ فيما لا يَحتمِلُ القِسمةَ لا يُؤدِّي إلى تَضادِّ الأحكامِ، بل يُستَغَلُّ[1]، وتُقسَمُ الغَلّةُ بقَدْر الْمِلكِ والوقفِ.

ولو وَقَف كلَّ أرضِه، ثم استُحِقَّ بعضُها مُشاعًا: بَطَل في الكلّ، ورَجَع الباقِي إليه لو حيًّا، وإلى وَرَثته لو ميْتًا؛ لأن بالاستِحقاق ظَهَر بُطلانُ تَصدُّقِه في القَدْر الْمُستحَقِّ؛ لأنه لم تكن مَملوكةً يومَئذٍ، فلو جاز في القَدْر الْمَملوكِ له لكان لُزومُه ابتِداءً في الشّائع.

وهذا بخِلاف ما إذا وَقَف في مَرَضه، ثم مات ولا مالَ له سِواه، فأبطَله الوارِثُ فيما زاد على الثُّلُث؛ فإنه بَقِي في الثُّلُث صَحيحًا؛ لأن حقَّ الوارِثِ إنما يَثبُتُ بعدَ الموتِ، فإبطالُه في القَدْر الذي أبطَله يَقتصِرُ على هذه الحالةِ، فلا يَتبيَّنُ به أن ابتِداءَ الوقفِ في الشّائِع؛ وهذا لأن رُجوعَ الوارِثِ في البَعض كرُجوع الواهِبِ، وذا لا يَمنَعُ بَقاءَ الهِبةِ فيما بَقِي؛ لأنه شُيوعٌ طارِئٌ، كذا هنا.

---

(١) في (ب) يشتغل، وفي (ج): يستقل، والمثبت من (هـ)، وباقي النسخ غير منقوطة.

وإن استُحِقَّ بعضُه مُميَّزًا مُعيَّنًا: لم يَبطُل في الباقِي؛ لأن بهذا الاستِحقاقِ لم يَظهَر الشُّيوعُ فيما بَقِي؛ إذ الْمُستحَقُّ مُميَّزٌ مما بَقِي، فهو كدارَين وُقِفتا، فاستُحِقَّ إِحداهما، ولهذا جاز ابتِداءً هكذا.

وكذا الحُكمُ في الصَّدَقة الْمُنْفَذةِ أو الهِبةِ، إذا كان الْمُستحَقُّ مُميَّزًا: بَقِيَت[1] فيما بَقِي.

وأما التَّأبيدُ: فليس بشرطٍ عندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، حتى لو وَقَف على جِهةٍ يُتوهَّمُ انقِطاعُها يَصِحُّ عندَه، وصار بعدَها للفُقَراء، وإن لم يُسَمِّهم.

ومحمدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ شَرَط التَّأبيدَ فقال: إذا كانت الجِهةُ يُتوهَّمُ انقِطاعُها لا يَصِحُّ إذا لم يَجعَل آخِرَه للمَساكِين؛ لأن مُوجَبَ الوقفِ زَوالُ الْمِلكِ بلا تَمليكٍ، وذا يتأبَّدُ، كالعَتق، وإذا كانت الجِهةُ يُتوهَّمُ انقِطاعُها فلم يَتوفَّر عليه مُوجَبُه، والتَّوقيتُ فيه كالتَّوقيت في البَيع، فكان مُبطِلًا له.

وقِيل: قولُ أبي حنيفةَ كقَول محمدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

ولأبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أن الْمَقصودَ من الوَقف هو التَّقرُّبُ إلى الله تَعالى، وذا مرَّةً يَكونُ بالصَّرف إلى جِهةٍ يُتوهَّمُ انقِطاعُها، وطَورًا بالصَّرف إلى جِهةٍ لا يُتوهَّمُ انقِطاعُها، فيَصِحُّ في الفَصلَين؛ تَحصيلًا لِمَقصود الواقِفِ.

فالحاصِلُ: أن أبا يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ ضَيَّق أوَّلًا كلَّ التَّضييقِ كما قال أبو حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ثم رَجَع عنه ووَسَّع كلَّ التَّوسيعِ، ومحمدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ توسَّط بينَهما، فلهذا أَفتى عامّةُ الْمَشايخِ بقَول محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، ومما توسَّع فيه أنه لا يُشترَطُ التَّأبيدُ.

---

(١) في (هـ): تعينت.

والصَّحيحُ: أن التَّأبيدَ شرطٌ على قَول الكلِّ، ولكن ذِكرُه ليس بشرطٍ عندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن قولَه: (وَقفتُ) أو (تَصدَّقتُ) يَقتَضي الإزالةَ إلى الله تَعالى، وذا مُقتضٍ للتَّأبيد، فلا حاجةَ إلى ذِكره، كالإعتاق.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُشترَطُ ذِكرُ التَّأبيدِ؛ لأنه تَصدُّقٌ بالْمَنفَعة أو الغَلّةِ، وذا قد يَكونُ مُوقَّتًا وقد يَكونُ مُؤبَّدًا، فمُطلَقُه لا يَنصرِفُ إلى التَّأبيد، فلا بُدَّ من التَّنصيص عليه.

وصحَّ وقفُ العَقارِ ببَقَره وأَكَرتِه[1]، ومَنقولٍ(ح س) فيه تَعامُلٌ(ف)، ولا يُملَكُ، ولا يُقسَمُ(س م).

وصَحَّ وقفُ العَقارِ ببَقَره وأَكَرتِه، وهم عَبيدٌ[2].

وكذا سائِرُ آلات الحِراثةِ؛ لأن الوقفَ وإن كان يَختصُّ بالعَقار؛ لأنه مما يَتأبَّد.. إلا أن هذه الأشياءَ أتباعٌ له في تَحصيل ما هو الْمَقصودُ، وهو الغَلّةُ، فيَجوزُ أن يَثبُتَ فيها تَبعًا للعَقار، فرُبَّ شيءٍ لا يَثبُتُ قصدًا ويَثبُتُ تبعًا، كالشِّرب والطَّريقِ يَدخلان في البَيع تَبعًا، وإن لم يَجُز بيعُهما قصدًا، وكذا البِناءُ يَدخُلُ في الوَقف تَبعًا للعَرْصة، ولو وَقَف البِناءَ قصدًا لم يَجُز في الصَّحيح.

وصَحَّ وقفُ مَنقولٍ فيه تَعامُلٌ، كالكُراع، والسِّلاحِ، والْمَرِّ، والفأسِ، والقَدُومِ، والْمِنشارِ، والجِنازةِ، وثِيابِ الجِنازةِ، وما يُحتاجُ إليه من الأوَاني والقُدُورِ في غَسل الْمَوتى، والْمُصحَفِ.. عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعليه عامّةُ الْمَشايخِ، منهم: شمسُ الأئمةِ

---

(١) الأَكرة والجمع أُكَرٌ: مثل حفرة وحُفر وزنًا ومعنًى، وأَكَرْتُ النهرَ أَكْرًا -من باب ضرب-: شققته، وأَكَرتُ الأرض: حرثتها، واسم الفاعل أكّار، للمبالغة، والجمع أكَرة، كأنه جمْع آكر وِزان كفرة جمع كافر. «المصباح» ١/ ١٧.

(٢) في (هـ): عبيده.

السَّرَخْسيُّ رَحِمَهُمَاللَّهُ.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: أنه لا يَجوزُ في غَير الكُراعِ والسِّلاحِ؛ لأن القِياسَ أن لا يَجوزَ وقفُ الْمَنقولِ؛ لأنه مما لا يَتأبَّدُ، إلا أنّا جَوَّزنا في البَقَر ونحوِه تبَعًا، وفي الكُراع والسِّلاحِ بالآثار الْمَشهورةِ.

فقد رُوِي أن عمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ شَكا من خالِد بنِ الوَليدِ حين مَنَع منه الزَّكاةَ، فقال عَلَيْهِٱلصَّلَاةُوَٱلسَّلَامُ: «ولا[1] تَظلِموا خالِدًا؛ فإنه حَبس أدرُعَه وأكراعَه[2] في سَبيل اللهِ»[3].

وطَلحةُ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ حَبَس دُروعَه في سَبيل اللهِ، ويُروى: أكراعَه[4].

والكُراعُ: الخيلُ، ويَدخُلُ في حُكمه الإبِلُ؛ لأن العرَبَ يُجاهِدون عليها، وتَحمِلُ عليها السِّلاحَ.

ورُوِي أنه اجتَمَع في خِلافة عمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ ثَلاثُمائةِ فَرَسٍ مَكتوبٍ على أَفخاذها: حَبيسٌ[5] في سَبيل اللهِ[6].

---

(١) في (هـ): لا.

(٢) في (ج): دراعه وكراعه.

(٣) روى أبو داود (١٦٢٣) عن أبي هريرة قال: بعث النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ عمر بن الخطاب رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ على الصدقة، فمنع ابن جميل، وخالد بن الوليد، والعباس، فقال رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «ما ينقم ابن جميل إلا أن كان فقيرًا فأغناه الله، وأما خالد بن الوليد.. فإنكم تظلمون خالدًا، فقد احتبس أدراعه وأعتُلَه في سبيل الله عَزَّوَجَلَّ، وأما العباس عم رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ فهي عليَّ ومثلها»، ثم قال: «أما شعرت أن عم الرجل صنو الأب -أو صنو أبيه-».

قال البغوي في «شرح السنة» ٦/ ٣٤: فيه دليل على وجوب زكاة التجارة، وجواز وقف المنقول.

(٤) قال في «نصب الراية» ٣/ ٤٧٩: غريب جدًّا.

(٥) في (د) و(هـ): حبس.

(٦) روى ابن سعد في «الطبقات» ٣/ ٣٠٦: عن الزهري عن السائب بن يزيد قال: رأيت خيلاً عند=

فبَقِي الباقِي على قَضِيّة القِياسِ.

ولمحمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن التَّعامُلَ وُجِد في هذه الأشياءِ، وما تَعارَفه النّاسُ وليس في عَينه نَصٌّ يُبطِلُه فهو جائزٌ.

فالاستِصناعُ فيما فيه تعامُلٌ جُوِّز بهذا الطَّرِيقِ، وإن كان القِياسُ يَأباه.

وأصلُه: قولُه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ما رَآه الْمُسلِمون حسَنًا فهو عندَ اللهِ حسَنٌ»[1].

وعن نُصَير[2] بنِ يَحيى أنه وَقَف كُتُبَه؛ إلحاقًا لها بالْمَصاحِف؛ إذ كلُّ واحِدٍ منهما يُمسَكُ للدِّين، وهو **الصَّحيحُ**.

وإن كان الْمَنقولُ شيئًا لم يَجرِ التَّعارُفُ بوَقفه، كالثِّياب والحيَوانِ: لا يَجوزُ وقفُه عندَنا.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: كلُّ ما يُمكِنُ الانتِفاعُ به مع بَقاءِ أصلِه، ويَجوزُ بيعُه: يَجوزُ وقفُه؛ لأنه لَمّا أمكَن الانتِفاعُ به صار كالكُراع والسِّلاحِ والعَقارِ.

ولنا: أن الأصلَ فيه العَقارُ؛ لأنه مما يَتأبَّدُ، وأُلحِق به ما يَتبَعُه، وما وَرَد فيه الآثارُ، وما فيه التَّعامُلُ، فبَقِي الباقِي على أَصل القِياسِ، وصار كالدَّراهِم والدَّنانيرِ.

ولا يُملَّكُ الوقفُ بعدَ الصِّحّةِ، ولا يُباعُ؛ لأنهما يُنافِيان مُقتَضى الوقفِ.

ولا يُقسَمُ، أي إذا قَضى قاضٍ بجَواز وقفِ الْمُشاعِ، ونَفَذ قَضاؤُه، وصار مُتَّفَقًا عليه، كسائرِ الْمُختلَفات.. فإن طَلَب بعضُهم القِسمةَ قال أبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يُقسَمُ،

= عمر بن الخطاب رَحِمَهُ ٱللَّهُ موسومة في أفخاذها: حبيس في سبيل الله.

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٣٣: غريبٌ مرفوعًا، ولم أجده إلا موقوفًا على ابن مسعود... إلى آخره، وهو عند الحاكم (٤٤٦٥).

(٢) في (د): نصر.

ويَتهايَؤون، وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: يُقسَمُ[1].

وأجمَعوا أن الكلَّ لو كان وقفًا على الأَرباب، فأرادُوا القِسمةَ: لا يُقسَمُ، كذا في «الْمُحيط».

لهما: أن القِسمةَ تَميزٌ وإفرازٌ لا بيعٌ وتَمليكٌ، فتَجوزُ.

وله: أن القِسمةَ بيعٌ معنًى؛ لاشتِمالها على الإفراز والْمُبادَلةِ، وجِهةُ الْمُبادَلةِ راجِحةٌ في غَير الْمِثليّاتِ.

ثم إنْ وَقَف نَصيبَه من عَقارٍ مُشترَكٍ بينَه وبينَ غيرِه فهو الذي يُقاسِمُ شَريكَه عندَ من يَقولُ بالقِسمة؛ لأن الوِلايةَ في الوَقف إلى الواقِف، فإن مات الواقِفُ[2] فلوَصِيِّه أن يُقاسِمَ شَريكَه، ويُفرِزَ حِصّةَ الوقفِ؛ لأنه قائِمٌ مَقامَه.

وإن كانت الأرضُ كلُّها له، فوَقَف بعضَها، ثم أَراد القِسمةَ.. فوجهُه أن يَبيعَ ما بَقِي من رَجُلٍ، ثم يَقتسِمان، ثم يَشتَري منه ذلك إن شاء؛ لأن القِسمةَ إنما تَجري بينَ اثنَين، فلا يَصلُحُ الواحِدُ أن يَكونَ مُقاسِمًا ومُقاسَمًا.

وإن لم يَبع رَفَع إلى القاضِي ليَأمُرَ إنسانًا بالقِسمة معه؛ لتَجريَ القِسمةُ بينَ اثنَين.

ولو كان في القِسمة فضلُ دَراهِمَ من أَحَد الطَّرَفَين.. فإن أَعطى الشَّريكُ الدَّراهِمَ: فليس للواقِف أن يَأخُذَها منه لفَضل ما يَصيرُ إليه في القِسمة؛ لأنه بيعُ الوقفِ، وهو مُمتنِعٌ، وإن أَعطى الواقِفُ شَريكَه دَراهِمَ لفَضل ما صار في يَده: جازَ؛ لأنه يَصيرُ شِراءً بقَدر الدَّراهِمِ، وتَكونُ حِصّةُ ما دَفَع من الدَّراهِم مُطلَقًا له.

---

(١) في (ج): يفرز.

(٢) في (أ): الواحد.

ويُبدَأُ من غَلّته[1] بعِمارته بلا شرطٍ، ولو دارًا: فعِمارتُه على مَن له السُّكنى، ولو أَبى، أو عَجز: عَمَر الحاكِمُ بأُجرته.

والواجِبُ أن يُبدَأَ من غَلّة الوقفِ بعِمارته، شَرَط ذلك الواقِفُ أو لم يَشرِط، إذا كان الوقفُ على الفُقَراء، وما فَضَل منها يُقسَمُ على الفُقَراء.

وإن كان الوقفُ على رَجُلٍ بعَينه، وآخِرُه للفُقَراء: فهو في ماله أيَّ مالِه شاء في حال حَياتِه، ولا يُؤخَذُ من الغَلّة؛ لأن الغُرمَ بالغُنْم، ولهذا تكونُ نَفَقةُ العبدِ الْمُوصَى بخِدمته على الْمُوصَى له بالخِدمة، إلا أن الوقفَ إذا كان على الفُقَراء لا يُمكِنُ[2] مُطالَبتُهم بالعِمارة؛ لكَثرتهم، وغَلّةُ الوقفِ أقربُ أموالِهم، فتَجِبُ فيها.

والعِمارةُ وإن لم تكن مَشروطةً في الوَقف نصًّا فهي مَشروطةٌ اقتِضاءً؛ لأن مَقصودَ الواقِفِ إدرارُ الغَلّةِ مُؤبَّدًا على الْمَساكِين، وهذا الْمَقصودُ إنما يَحصُلُ بإصلاحها وعِمارتِها، فيَثبُتُ شرطُ العِمارةِ اقتِضاءً، والثّابتُ اقتِضاءً كالثّابت نصًّا.

وإن كان الوقفُ على رَجُلٍ مُعيَّنٍ يُمكِنُ مُطالَبتُه بالعِمارة: يُطالَبُ بها، ولا يُحبَسُ شيءٌ من الغَلّة لأجْلها؛ لأنه مُعيَّنٌ يُمكِنُ مُطالَبتُه، وإنما تُستحَقُّ العِمارةُ عليه بقَدْر ما يَبقى الوقفُ على الصِّفة التي وَقَف المالِكُ.

وإن خَرِب يُبنى على ذلك الوصفِ؛ لأنها بصِفتها صارت غَلّتُها مُستحَقّةَ الصَّرفِ إلى الْمَوقوف عليه، فأما الزِّيادةُ على ذلك: فليست بمُستحَقّةٍ عليه، والغَلّةُ مُستحَقّةٌ له، فلا يَجوزُ صرفُ غَلّةٍ مُستحَقّةٍ له إلى جِهةٍ غيرِ مُستحِقّةٍ إلا برِضاه.

ولو كان الوقفُ على الفُقَراء: فكذلك في الصَّحيح؛ لأن صرْفَ الغَلّةِ إلى العِمارة

---

(١) الغَلّة -بالفتح-: ما حصل من ريع أرض أو أجرتها. «التوقيف» ص٢٥٣.

(٢) في (ج): لا يملك.

لضَرورة إبقاءِ الوقفِ، ولا ضَرورةَ في الزِّيادة، فوَجَب صرفُ الغَلّةِ إلى مَصرِفها، وهو الفُقَراءُ.

ولو وَقَف دارًا على سُكنى ولَدِه: فالعِمارةُ على مَن له السُّكنى؛ لأنه الْمُنتفِعُ به[1]، والخَراجُ بالضَّمان.

فإن أَبى من ذلك، أو كان فَقيرًا: آجَرها الحاكِمُ، وعَمَرها بأُجرتها، فإذا عُمِرت رَدَّها إلى مَن له السُّكنى؛ لأنه لو لم يَعمُرها يَبطُلُ حقُّ الواقِفِ وحقُّ صاحِبِ السُّكنى أصلًا، ولو عَمَرها يَتأَخَّرُ حقُّ صاحِبِ السُّكنى، وتَأخيرُ حقِّه أَولى من إِبطال حقِّهما من كلِّ وجهٍ.

ولا يُجبَرُ الآبِي على العِمارة؛ لأن في العِمارة إتلافَ مالِه، ولا يُجبَرُ الإنسانُ على إتلاف مالِه، كما لا يُجبَرُ صاحِبُ البَذرِ في الْمُزارَعة.

ولا يَكونُ إباؤُه رِضًا ببُطلان حقِّه؛ لأنه في حَيِّزِ التَّردُّدِ؛ لأنه يُحتمَلُ أن يَمتنِعَ لِرضاه ببُطلان حقِّه، ويُحتمَلُ أن يَمتنِعَ حذَرًا من إِتلاف مالِه، فلا يَبطُلُ بالشَّكِّ.

ولا تَصِحُّ إجارةُ[2] مَن له السُّكنى؛ لأنه لا وِلايةَ له عليها.

ونِقضُه[3] صُرِف إلى عِمارته إن احتَاج، وإلا حُفِظ ليُحتاجَ، ولا يُقسَمُ.

وصَرَف الحاكِمُ نِقضَه إلى عِمارة الوقفِ إن احتَاج إليه، وإن استَغنى عنه أمسَكه حتى يَحتاجَ إلى عِمارته، فيَصرِفُه فيها.

---

(١) في (هـ): بها.

(٢) في (ب): إجارة.

(٣) النِّقض: المنقوض. «المختار» ص٣١٨.

النقض: البناء المنقوض، والجمع نقوض، وعن الغوري في النقض بالكسر لا غير. «المغرب» ص٤٧٣.

لأنه لا بُدَّ من العِمارة ليَبقى أبدًا، فيَحصُلَ مَقصودُ الواقِفِ من صَرف الغَلّةِ على التَّأبيد إلى الْمَصرِف.

فإن احتَاج إليه في الحال صَرَف إليها، وإلا حَفِظه لوَقت الحاجةِ.

وإن تَعذَّر إعادةُ عَينِه إلى مَوضِعه يَبيعُه، ويَصرِفُ ثَمَنَه إلى الْمَرَمّة، صرفًا للبَدَل إلى مَصرِف الْمُبدَلِ.

ولا يُقسَمُ النِّقضُ بينَ مُستحِقّي الوقفِ؛ لأنه جُزءٌ من العَين، وحقُّهم في الانتِفاع دونَ العَينِ؛ إذ العَينُ حقُّ اللهِ تَعالى، أو مِلكُ الواقِفِ، فلا يَجوزُ أن يُصرَفَ إليهم ما ليس حقًّا لهم.

واقِفٌ جَعَل غَلّتَه ووِلايتَه إليه: صحّ(ح م [ف])، ونُزِع لو خائِنًا، كالوَصِيّ، وإن شَرَط أن لا يُنزَعَ.

وإذا جَعَل الواقِفُ غَلّةَ الوقفِ لنَفسه صَحّ عندَ أبي يوسفَ[1] ومَشايخِ بَلْخٍ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، وعليه الفَتوى؛ تَرغيبًا للنّاس في الوَقف.

وعندَ محمدٍ والشّافعيّ وهِلالٍ الرَّأيِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: الوقفُ باطِلٌ.

والخِلافُ فيما إذا شَرَط البعضَ لنَفسه في حَياته، وبعدَ موتِه للفُقَراء، وفيما إذا شَرَط الكلَّ لنَفسه في حَياته، وبعدَ موتِه للفُقَراء.. سَواءٌ.

ثم قِيل: الخِلافُ بينَ أبي يوسفَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ بِناءً على الاختِلاف[2] في اشتِراط القبضِ والإفرازِ، فعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: التَّسليمُ شرطٌ ليَخرُجَ العَينُ عن مِلكه إلى الله تَعالى، ويَنقطِعَ اختِصاصُه به، وشرطُ الغَلّةِ لنَفسه يُنافِي ذلك، وقِيل: هي

(١) في (هـ): عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(٢) في (هـ): الخلاف.

مَسألةٌ مُبتدأةٌ.

ولو وَقَف وشَرَط البعضَ أو الكلَّ لأُمّهات أولادِه ومُدبَّريه ما داموا أحياءً، فإذا ماتُوا فهو للفُقَراء.. فقِيل: هو على الخِلاف، وقِيل: هو جائِزٌ اتِّفاقًا.

أما عندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فظاهِرٌ؛ إذ لو شَرَط بعضَ الغَلّةِ لنَفسه حالَ حَياتِه يَجوزُ، فهنا أَولى، وإنما الإشكالُ على قَول محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فإنه لا يُجوِّزُ اشتِراطَ الغَلّةِ لنَفسه حالَ حَياتِه، واشتِراطُها لأُمّهات أولادِه حالَ حَياتِه كاشتِراطها لنَفسه، ولكنه جَوَّز ذلك استِحسانًا؛ للعُرف.

وإلى القَول الأخِيرِ مال شمسُ الأئِمّةِ السَّرَخْسيُّ وصاحِبُ «الْمُحيطِ» رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ.

ولو شَرَط الغَلّةَ لإمائه أو لعَبيده: فهو كاشتِراطها لنَفسه، فيَجوزُ عندَ أبي يوسفَ، خِلافًا لمحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ.

لهم: أن مَعنى القُربةِ في الوَقف بإزالة الْمِلكِ عن الواقِف، واشتِراطُ كلِّ الغَلّةِ أو بعضِها لنَفسه يَمنَعُ زَوالَ الْمِلكِ، فيَمنَعُ صِحّةَ الوقفِ، كالصَّدَقة الْمُنْفَذةِ، وشرطِ بعضِ بُقعةِ[1] الْمَسجِدِ لنَفسه.

ولأبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن مَعنى التَّقرُّبِ[2] لا يَزولُ بهذا، فقد قال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «نَفَقةُ الرَّجُلِ على نَفسه صَدَقةٌ»[3].

---

(١) في (و): نفقة.

(٢) في (ج): القربة.

(٣) قال في «نصب الراية» ٣/ ٤٧٩: روي من حديث المقدام بن معدي كرب، ومن حديث الخدري، ومن حديث جابر، ومن حديث أبي أمامة.

أما حديث المقدام: فأخرجه ابن ماجه (٢١٣٨) في التجارات عن إسماعيل بن عياش عن بحير بن=

وقد صَحَّ بِرواية زيدِ بنِ ثابتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كان يَأكُلُ من صَدَقته، والْمُرادُ: الصَّدَقةُ الْمَوقوفةُ[1]، ولا يَحِلُّ للواقِف الأكلُ من الوَقف إلا أن يَشترِطَ لنفسه شيئًا من ذلك، فدَلَّ أنه كان شَرَط لنَفسه شيئًا.

ولأن العَينَ بالوَقف يَزولُ عن مِلكه إلى الله تَعالى، وإذا زال العَينُ عن مِلكه فالْمنافِعُ تَحدُثُ على مِلكه تَعالى، فصار شارِطًا[2] لنَفسه ما لله تَعالى، فيَصِحُّ؛ ألا تَرى أنه لو بَنى خانًا أو سِقايةً، أو جَعَل أرضَه مَقبَرةً، وشَرَط لنَفسه النُّزولَ فيه، أو الشُّربَ منها، أو الدَّفنَ فيها: صَحّ، كذا هنا.

=سعد عن خالد بن معدان عن المقدام بن معدي كرب عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ما من كسب الرجل كسب أطيب من عمل يديه، وما أنفق الرجل على نفسه، وأهله، وولده، وخادمه: فهو له صدقة»... إلخ.

(١) قال في «نصب الراية» ٣/ ٤٧٩: روي أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يأكل من صدقته، قال المصنف: والمراد وقفه، قلت: غريب أيضًا، وفي «مصنف» ابن أبي شيبة في باب الأحاديث التي اعترض بها على أبي حنيفة (٣٦١١٤): حدثنا ابن عيينة عن ابن طاووس عن أبيه أخبرني حجر المدري قال في صدقة النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: يأكل منها أهلها بالمعروف غير المنكر. انتهى.

قال في «الدراية» ٢/ ١٤٦: ويمكن أن يكون المراد أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يأكل من الأراضي التي قال فيها: «ما تركت بعدي فهو صدقة». انتهى.

قلت: وروى الإسماعيلي في «معجمه» ١/ ٤٧٢: عن عمران بن حصين: أن رجلًا تصدق على أم ولد له بغلام له، فكان يأكل من صدقته، فقال عمران: كانوا يرون أنه ما أصاب من صدقته، أو ما أكل من غلته فلا أجر له فيه.

ويشهد له ما في البخاري (٣٠٩٣) ومسلم (١٧٥٩) وأما خيبر وفدك فأمسكها عمر وقال: هما صدقة رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، كانتا لحقوقه التي تعروه ونوائبه، وأمرهما إلى من ولي الأمر، قال: فهما على ذلك إلى اليوم.

(٢) في (ج): حافظًا.

وإذا شَرَط الواقِفُ أن يَستبدِلَ به أرضًا أُخرى إذا شاء ذلك صَحَّ الوقفُ والشَّرطُ عندَ أبي يوسفَ وهِلالٍ والخَصّافِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ استِحسانًا؛ لأن فيه تَحويلَه إلى ما يَكونُ خيرًا من الأوَّل أو مِثلَه، فكان تَقريرًا لا إبطالًا.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وأهلِ البَصرةِ: الشَّرطُ باطِلٌ، والوقفُ جائِزٌ؛ لأن هذا الشَّرطَ لا يُؤثِّرُ في الْمَنع من زَوال الْمِلكِ، والوقفُ يَتِمُّ به، فيَبقى الاستِبدالُ شرطًا فاسِدًا، فيَبطُلُ، كما في الْمَسجِد إذا شَرَط الاستِبدالَ، أو شَرَط أن يُصلِّيَ فيه قومٌ دونَ قومٍ: فالشَرطُ باطِلٌ، واتِّخاذُ الْمَسجِدِ صَحيحٌ، كذا هنا.

ولو شَرَط الخِيارَ لنَفسه في الوَقف ثَلاثةَ أيّامٍ: صَحَّ الوقفُ والشَّرطُ عندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِما مَرَّ أنه يَجوزُ أن يَجعَلَ الواقِفُ الغَلّةَ لنَفسه ما دام حيًّا، فكذا يَجوزُ أن يَشترِطَ الخِيارَ لنَفسه ثَلاثةَ أيّامٍ؛ ليُرَوِّيَ[1] النَّظَرَ فيه.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وهِلالٍ: الوقفُ باطِلٌ؛ لأن تَمامَ الوقفِ على مَذهَب محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ بالقَبض، وشرطُ الخِيارِ يَمنَعُ تَمامَ القبضِ، ولهذا لا يَتِمُّ القبضُ في الصَّرف والسَّلَمِ مع شرطِ الخِيارِ.

ولأن تَمامَ الوقفِ بتَمام الرِّضا، ومع شرطِ الخِيارِ لا يَتِمُّ الرِّضا، فيَبطُلُ الوقفُ، كالإكراه على الوَقف.

وكذا لو جَعَل الواقِفُ الوِلايةَ لنَفسه.. صَحَّ الوقفُ والشَّرطُ عندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وهو ظاهِرُ الْمَذهَبِ.

وذَكَر في «الْمُحِيط[2]»: وإذا وَقَف الرَّجُلُ أرضَه، ولم يَشترِط الوِلايةَ لنَفسه ولا

---

(١) في (ج): ليردد.

(٢) في (ب): المبسوط. والعبارة في «المحيط» ٦/ ١٣٤.

لغَيره: فالوقفُ جائِزٌ، والوِلايةُ للواقِف، كذا ذَكر هِلالٌ والخَصّافُ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وقال هِلالٌ: وقال قومٌ: إنْ شَرَط الواقِفُ الوِلايةَ لنَفسه كانت الوِلايةُ له، وإن لم يَشرِط فلا وِلايةَ له.

قال مَشايِخُنا رَحِمَهُمُٱللَّهُ: الأشبَهُ أن يَكونَ هذا قولَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ؛ لأن التَّسليمَ إلى القَيِّم شرطُ صِحّةِ الوقفِ[1]، فإذا سَلَّم لم تبقَ له وِلايةٌ، إلا إذا شَرَطها عندَ الإخراجِ عن مِلكه؛ ألا تَرى أنه لو شَرَطها لغَيره تَثبُتُ لغَيره، فإذا شَرَطها لنَفسه أَولى أن[2] تَثبُتَ له؛ لأن هذا الاشتِراطَ إبقاءٌ للوِلاية الثّابتةِ[3] له.

مَعنى وجهِ الظّاهرِ: أن غيرَه يَستفيدُ الوِلايةَ منه بشَرطه، فاستَحال أن يَستفيدَ الْمُتولِّي الوِلايةَ منه ولا تَكونَ له وِلايةٌ.

ولأنه أقرَبُ النّاسِ إلى هذا الوقفِ، فكان أَحَقَّ بوِلايته؛ ألا تَرى أن بانِيَ الْمَسجِدِ أَولى بإِقامة مَصالِحِ الْمَسجِدِ، وعِمارتِه، ونصبِ الْمُؤذِّنِ، ومن أعتق عبدًا كان وَلاؤُه له؛ لأنه أقرَبُ إليه.

ولو شَرَط الواقِفُ الوِلايةَ لنَفسه، وكان مُتَّهَمًا غيرَ مَأمونٍ على الوَقف: فللقاضِي أن يُخرِجَه من يَده؛ لأنه نُصِب ناظِرًا لكلِّ من عَجز عن النَّظَر لنَفسه بنَفسه، وبالوَقف زال مِلكُه، وثَبَت الحقُّ فيه للفُقَراء، فيُخرِجُه القاضِي نظَرًا لهم.

كما له أن يُخرِجَ الوَصِيَّ نظَرًا للصِّغار، وكذا لو تَرَك العِمارةَ وفي يَده من غَلّته ما يُمكِنُه أن يَعمُرَه: فالقاضِي يُجبِرُه على العِمارة، فإن فَعَل، وإلا أخرَجه من يَده.

---

(١) في (ج): صحة الوقف عنده.

(٢) في (و): أن لا.

(٣) في (هـ): الثانية.

ولو شَرَط الواقِفُ وِلايتَها لنَفسه، وأن ليس للقاضِي ولا للسُّلطان أن يَنزِعَه من يَده ويُولِّيَها غيرَه: فهذا الشَّرطُ باطِلٌ؛ لأنه مُخالِفٌ لحُكم الشَّرعِ؛ لأن الشَّرعَ أطلَق للقاضِي إخراجَ مَن كان مُتَّهَمًا؛ دفعًا للضَّرر عن الفُقَراء.

ولو جَعَل الواقِفُ وِلايةَ الوقفِ لرَجُلٍ: فالوِلايةُ له كما شَرَط، وإن أَراد الواقِفُ إخراجَه: فله ذلك.

ولو شَرَط أن ليس له إخراجُ القَيِّم: بَطَل الشَّرطُ؛ لأنه مُخالِفٌ لحُكم الشَّرعِ؛ لأن القَوامِيَةَ وَكالةٌ، وهي ليست بلازِمةٍ.

ولو جَعَل إليه الوِلايةَ في حال حَياتِه وبعدَ وَفاتِه: كان جائِزًا، وهو وَكيلٌ في حَياته، ووَصِيٌّ بعدَ وَفاتِه.

فَصْلٌ
[فِي أَحْكَامِ وَقْفِ المَسَاجِدِ وَغَيْرِ ذَلِكَ]

بَنى مَسجِدًا، وأفرَز بطَريقه، وأذِن بالصَّلاة فيه، وصُلِّي: زال مِلكُه، وحَرُم بيعُه، وإن خَرِب ما حولَه، واستُغنِي(م) عنه.

ومَن بَنى مَسجِدًا لم يَزُل مِلكُه عنه حتى يُفرِزَه عن مِلكه بطَريقه، ويَأذَنَ للنّاس بالصَّلاة فيه، فإذا صُلِّي فيه زال مِلكُه عنه، وحَرُم بيعُه، ولا يُورَثُ عنه، ولم يكن له أن يَرجِعَ فيه؛ لأنه حَرَّره عن مِلكه، وجَعَله لله تَعالى خالِصًا، ولا رُجوعَ فيما جَعَله لله تَعالى خالِصًا، كالصَّدَقة.

وإنما شُرِط الإفرازُ: لأن الْمَسجِدَ لا بُدَّ أن يَكونَ خالِصًا لله تَعالى؛ لقَوله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَأَنَّ ٱلْمَسَٰجِدَ لِلَّهِ﴾، أي: مُختَصّةٌ لله[1] تَعالى، ولا يَخلُصُ لله تَعالى إلا به.

ولا يُشترَطُ القَضاءُ أو الإضافةُ إلى ما بعدَ الموتِ عندَ أبي حنيفةَ[2] رَحِمَهُ ٱللَّهُ للمَسجِد، بخِلاف سائرِ الأوقافِ عندَه.

وأما التَّسليمُ: فشرطٌ لصَيرورته مَسجِدًا عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ، خِلافًا لأبي يوسفَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ.

ويُشترَطُ في كلِّ نوعٍ تَسليمٌ يَليقُ به، وذا في الْمَسجِد بالصَّلاة فيه.

---

(١) في (ج): بالله.

(٢) في (ج): أبي حنيفة ومحمد.

أو لأنه لَمّا تَعذَّر قبضُه أُقِيم تَحقُّقُ الْمَقصودِ[1] مُقامَه.

ثم يُكتفَى بصَلاة الواحِدِ فيه في رِوايةٍ عن أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ؛ لتَعذُّر فِعلِ الكلِّ، فناب الواحِدُ عن الكلِّ فيما هو حقُّهم؛ للتَّعذُّر.

وفي رِوايةٍ عنهما: يُشترَطُ الصَّلاةُ بجَماعةٍ، وهو الصَّحيحُ، لأن الْمَساجِدَ إنما تُبنى لإقامة الصَّلاةِ فيها بالجَماعة، فلا يَصيرُ مَسجِدًا قبلَ حُصولِ هذا الْمَقصودِ.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَزولُ مِلكُه بقَوله: (جَعَلتُه مَسجِدًا)؛ لأن التَّسليمَ ليس بشرطٍ عندَه؛ لأنه إسقاطٌ لِمِلكٍ لعبدٍ، كالإعتاق.

ولو خَرِب ما حولَ الْمَسجِدِ، واستُغنِي عنه: يَبقى مَسجِدًا عندَ أبي يوسفَ، وهو قولُ أبي حنيفةَ رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُمَا، ولا يَعودُ إلى مِلك بانِيه إن كان حيًّا، وإلى مِلك وَرَثتِه إن كان ميْتًا.

وعند محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَعودُ إلى مِلك البانِي لو كان حيًّا، وإلى مِلك وَرَثتِه لو كان ميْتًا؛ لأنه عَيَّنه لقُربةٍ مُعيَّنةٍ، فإذا انقَطَعت عاد إلى مِلكه، كالْمُحصَر إذا بَعَث بالهَدْي، ثم زال الإحصارُ، وأدرَكَ الحجَّ: كان له أن يَصنَعَ بهَدْيه ما شاء.

وكذا لو اشتَرى حَصيرًا لِمَسجِدٍ[2]، أو حَشيشًا، فوَقَع الاستِغناءُ عنه: كان له أن يَصنَعَ به ما شاء.

ولهما: أن القُربةَ التي قَصَدها لم تَزُل بخَراب ما حولَه؛ إذ النّاسُ في الْمَساجِد سَواءٌ، فيُصلِّي فيه الْمُسافِرون والمارّةُ، وكذا نَقولُ في الحَصير أو الحَشيشِ: إنه لا يَعودُ إلى مِلكه، ولكن يُصرَفُ إلى مَسجِدٍ آخرَ بالقُرب منه، وهَدْيُ الإحصارِ لم يَزُل عن

---

(١) في (ب): المفقود.

(٢) في (ج): لمسجده.

مِلكه قبلَ الذَّبحِ.

ولو جُعِل تحتَه سِردابٌ(م)[1]، أو فوقَه بيتٌ، وجُعِل بابُه إلى الطَّريق، وعُزِل، أو اتُّخِذ وَسَطَ الدّارِ مَسجِدٌ(س م)، وأُذِن بالصَّلاة فيه: لا.

ولو جَعَل مَسجِدًا تحتَه سِردابٌ، أو فوقَه بيتٌ، وجَعَل بابَ الْمَسجِدِ إلى الطَّريق، وعَزَله عن مِلكه: لم يَصِر مَسجِدًا، وله بيعُه، ويُورَثُ عنه إن مات؛ لأن الْمَسجِدَ ما يَكونُ لله تَعالى خالِصًا، ولم يَخلُص لله تَعالى هنا؛ لبَقاء حقِّ العبدِ مُتعلِّقًا بأسفَله أو بأَعلاه، فلا تَثبُتُ أحكامُه.

ولو كان السِّردابُ لِمَصالِح الْمَسجِدِ، كما في مَسجِد بيتِ الْمَقدِسِ: جاز؛ لأنه حينَئذٍ لا يَكونُ السِّردابُ مَملوكًا لأحدٍ.

ورَوى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أنه أَجاز أن يَكونَ الأسفَلُ مَسجِدًا، والأَعلى مِلكًا؛ لأن الأسفَلَ أصلٌ، وهو مما يَتأبَّدُ، ولم يَجُز على عَكسه.

وعن محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَجوزُ على عَكسه؛ لأن الْمَسجِدَ مُعظَّمٌ، ولا يُمكِنُ التَّعظيمُ إذا كان فوقَه مُستغَلٌّ[2] أو مَسكَنٌ، ويُمكِنُ التَّعظيمُ إذا كان الْمُستغَلُّ[3] أو الْمَسكَنُ تحتَه.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: أنه جَوَّز الوَجهَين منذ قَدِم بَغدادَ؛ ضَرورةَ ضِيقِ الْمَنازِلِ.

وعن محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: أنه حينَ دَخَل الرَّيَّ أَجاز ذلك كلَّه للضَّرورة.

وكذا إن اتَّخَذ وسَطَ دارِه مَسجِدًا، وأَذِن للنّاس بالصَّلاة فيه: لا يَكونُ مَسجِدًا، وله

---

(١) هو بيت يتخذ تحت الأرض للتبريد وغيره. «مجمع الأنهر» ١/ ٧٤٧.

السرداب: بناء تحت الأرض، يلجأ إليه من حر الصيف (ج) سراديب. «المعجم الوسيط» ١/ ٤٢٦.

(٢) في (ب): مشتغل.

(٣) في (ب): المشتغل.

بيعُه، ويُورَثُ عنه؛ لأن مِلكَه مُحيطٌ بجوانِبه، فكان له حقُّ المنعِ، والْمَسجِدُ ما لا يَكونُ لأحدٍ فيه حقُّ المنعِ، قال اللهُ تعالى: ﴿وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن مَّنَعَ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ أَن يُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ وَسَعَىٰ فِى خَرَابِهَآ﴾ [البَقَرَة: ١١٤].

ولأنه لم يُفرِزه حينَ أَبقى[1] الطَّريقَ لنَفسه، فلم يَخلُص لله تَعالى.

وعن محمدٍ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَااللَّهُ: أنه مَسجِدٌ، فلا يُباعُ، ولا يُوهَبُ، ولا يُورَثُ؛ لأنه لَمّا رَضِي بكَونه مَسجِدًا، ولا مَسجِدَ إلا بالطَّريق.. دَخَل فيه الطَّريقُ ضَرورةً، كما يَدخُلُ في الإجارة بلا ذِكرٍ؛ لأنها شُرِعت للانتِفاع، ولا انتِفاعَ إلا[2] بالطَّريق.

كخانٍ[3]، ورِباطٍ[4]، وسِقايةٍ[5]، ومَقبَرةٍ.. لم يُقضَ[س م] بها، واللهُ أعلَمُ بالصَّواب.

ومن بَنى سِقايةً للمُسلِمين، أو خانًا يَسكُنُه بنو السَّبيلِ، أو رِباطًا، أو جَعَل أرضَه مَقبَرةً: لم يَزُل مِلكُه عنه حتى يَحكُمَ به حاكِمٌ عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ؛ لبَقاء حقِّ الانتِفاعِ للعَبد، فله أن يَشرَبَ من السِّقاية، ويَنزِلَ في الخان والرِّباطِ، ويَدفِنَ في الْمَقبَرة..

إلا أن الحاكِمَ إذا حَكَم يَزولُ عن مِلكه؛ لأنه قَضاءٌ في فصلٍ مُجتهَدٍ فيه، كما في الوَقف على الفُقَراء، بخِلاف الْمَسجِدِ؛ لأن حقَّ الانتِفاعِ ثَمَّ لم يَبقَ له، فخَلَص لله تَعالى، فلا يَحتاجُ إلى حُكم الحاكِم.

---

(١) في (هـ): استبقى.

(٢) سقطت من (ب) و(د).

(٣) الخان: ما ينزله المسافرون، والجمع خانات. «المصباح» ١/ ١٨٤.

(٤) الرباط: الذي يبنى للفقراء، مُوَلّد، ويجمع في القياس رُبُط -بضمتين- ورِباطات. «المصباح» ١/ ٢١٥.

(٥) السقاية بالكسر: الموضع يتخذ لسقي الناس. «المصباح» ١/ ٢٨١.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَزولُ مِلكُه بمُجرَّدِ القولِ[1]؛ لأنه إسقاطٌ عندَه.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا استقى النّاسُ من السِّقاية، وسَكَنوا الخانَ والرِّباطَ، ودَفَنوا في الْمَقبَرة: زال مِلكُه؛ لاشتِراط التَّسليمِ عندَه، لكن الشَّرطُ تسليمُ نوعِه، وذا في السِّقاية بالشُّرب منها، وفي الخان والرِّباطِ بالسُّكون[2] فيهما، وفي الْمَقبَرة بالدَّفن فيها.

ويُكتفَى بالواحِد؛ لتَعذُّر اشتِراطِ الكلِّ، وهو نَظيرُ الأمانِ، فأمانُ الواحِدِ كأمان الكلِّ.

وعلى هذا: الحوضُ والبئرُ، يَكونُ القبضُ فيهما بالاغتِراف والاستِقاءِ.

ولو سَلَّم إلى الْمُتولِّي صَحَّ التَّسليمُ في هذه الوُجوهِ؛ لأن الْمَقصودَ فيها نفعُ العِبادِ، فيُمكِنُ جعلُ يدِ الْمُتولِّي -وهو نائبٌ عنهم- بمَنزِلة أيدِيهم.

وأما في الْمَسجِد.. فقِيل[3]: التَّسليمُ إلى الْمُتولِّي فيه لا يَتحقَّقُ؛ إذ لا تَدبيرَ فيه للمُتولِّي في اختِيار من يُصلِّي في الْمَسجِد أو الاستِغلالِ؛ لأن الْمَسجِدَ قد تَحرَّر عن حقِّ العِبادِ.

وكذا لا تَدبيرَ لأحدٍ في سدِّ بابِه؛ لأن إغلاقَ بابِ الْمَسجِدِ مَكروهٌ، فتَوقَّف التَّمامُ فيه على إقامة الصَّلاةِ فيه بالجَماعة.

وفي غَيرها للمُتولِّي تَدبيرٌ في ذلك، فجُعِل التَّسليمُ إلى الْمُتولِّي مُتمِّمًا للوَقف.

وقِيل: يَكونُ تَسليمًا؛ لأن الْمَساجِدَ قد يَكونُ لها سَدَنةٌ يَقومون بتَنظيفها، وإغلاقِ

---

(١) في (هـ): الفعل.

(٢) في (ج): بالنزول.

(٣) في (هـ): فقبل.

أبوابِها في غَير أوانِ الصَّلاةِ، فإذا سَلَّم إلى الْمُتولِّي صَحَّ التَّسليمُ.

والْمَقبرَةُ في هذا كالْمَسجِد؛ لأنه لا يَكونُ لها مُتولٍّ عُرفًا، فلا يُعتبَرُ قبضُه.

وقِيل: هي كالسِّقاية والخانِ، فيَصِحُّ التَّسليمُ إلى الْمُتولِّي؛ لأنه لو نُصِب لها مُتولٍّ صَحّ، وإن لم يكن مُعتادًا.

ولو جَعَل دارًا له بمَكّةَ سُكنى للحاجِّ والْمُعتمِرين، أو جَعَل دارَه في غَير مَكّةَ سُكنى للمَساكِين، أو جَعَلها في ثغرٍ من الثُّغور سُكنى للغُزاة والْمُرابِطين، أو جَعَل غَلّةَ أرضِه للغُزاة في سَبيل اللهِ، ودَفَع ذلك إلى والٍ يَقومُ عليها: جاز، ولا رُجوعَ فيها.

وقال أبو حنيفةَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ في هذا كلِّه: لصاحِبه أن يَرجِعَ ويُبطِلَ ما صَنَع من الصَّدَقة، والْمَقبرَةِ، والخانِ، والسِّقايةِ، وغيرِها، ويَبيعَها، إلا أن يَحكُمَ بها حاكِمٌ.

وقِيل: الفَتوى في ذلك كلِّه على قَولهما؛ للبَلوى والتَّعارُفِ؛ ألا تَرى أنه بَقِي آثارُ الماضِين في هذه الوُجوهِ.

ثم الغَلّةُ تَحِلُّ للفَقير دونَ الغنيِّ، وفيما سِواها من سُكنى الخانِ، والدَّفنِ، والاستِقاءِ من السِّقايةِ والبِئرِ، وغيرِها.. يَستَوي فيه الغنيُّ والفَقيرُ؛ لأن الغَلّةَ مالٌ يُملَكُ، والتَّقرُّبُ إلى الله تَعالى بتَمليك المالِ يَكونُ للمُحتاج دونَ الغنيِّ، بخِلاف السُّكنى ونحوِه[1].

ولأن الغنيَّ مُستغنٍ عن مال الصَّدَقةِ بمال نفسِه، ولا يَستَغني بماله عن الخان للنُّزول فيه، وعن الْمَقبَرة للدَّفن فيها، وعن الماء للشُّرب منه؛ إذ لا يَقدِرُ التّاجرُ أن يَشتريَ في كلِّ مَنزِلٍ مَوضِعًا، وربما لا يَجِدُ، ولا يَستصحِبُ الماءَ مع نفسِه في كلِّ مَكانٍ، بخِلاف المالِ، فعَمَّت الحاجةُ الغنيَّ والفَقيرَ، فاستَويا.

---

(١) في (هـ): ونحوها.

وإن كُنتَ في رَيبٍ مما بَيَّنّا فتأمَّل في عُرف العِبادِ، تَفُز بالْمُراد، فقصدُهم في فَضل[1] الغَلّةِ دفعُ حاجةِ الْمُحتاجِين، وفي غَيرها قَضاءُ حاجةِ النّاسِ أجمَعين، والحمدُ لله ربِّ العالَمين[2].

---

(١) في سوى (ج) و(هـ): فصل.

(٢) هذه الجملة مثبتة من (أ) و(د)، وفي (و): والحمد لله رب العالمين والعاقبة للمتقين، والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وآله أجمعين.

إلى هنا تنتهي نسخة (ك).

... قبلها

... صنع من ...

... أنه يبقى آثار

... والدفن، والاستقاء

... الغلة مال يملك، والتقرب

... بخلاف السكنى ونحوه(١).

... نفسه، ولا يستغني بماله عن الخان

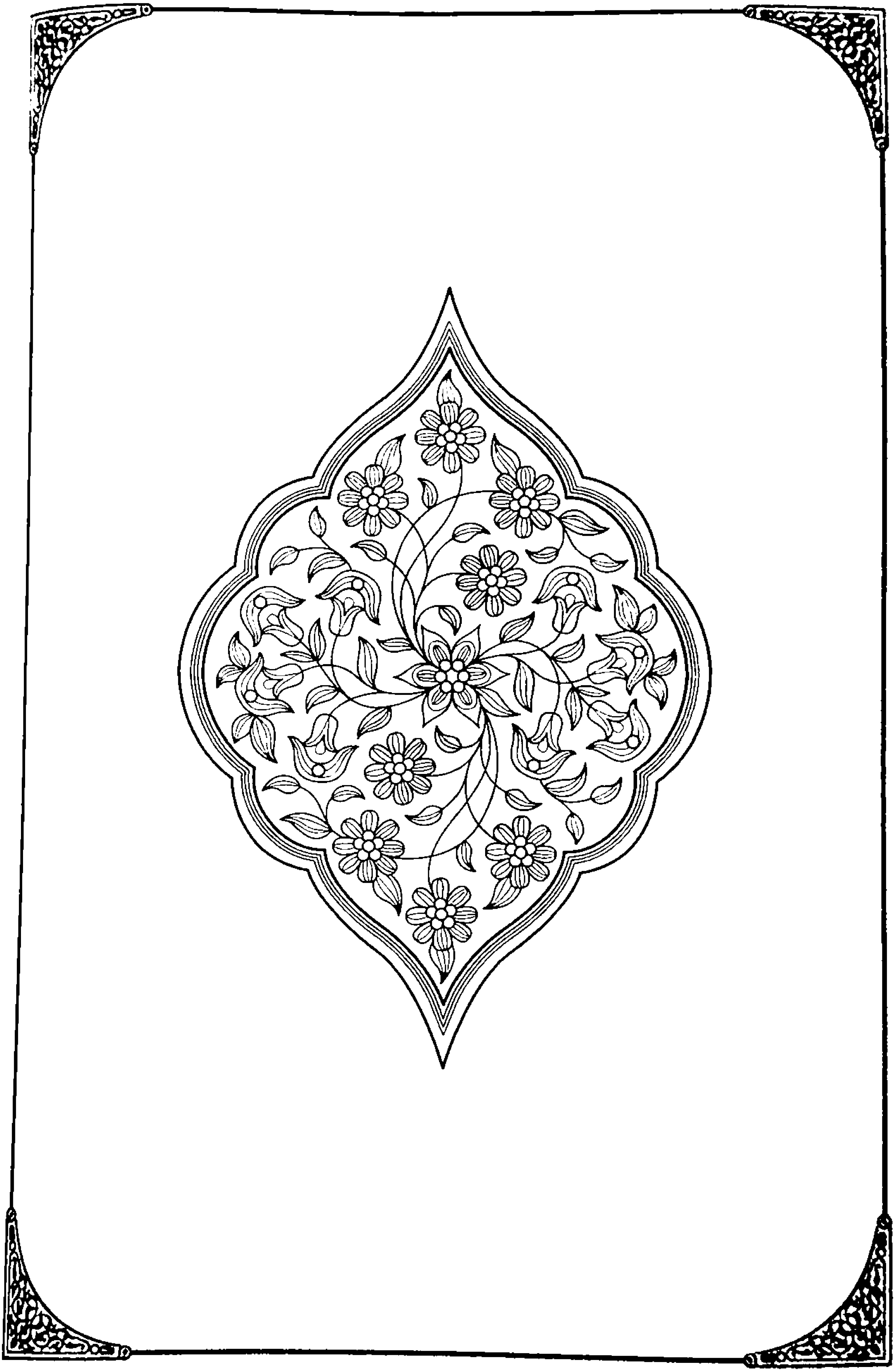
... المشروب منه إذ لا يقدر التاجر ...

---

(١) [illegible]

(٢) [illegible]

كِتَابُ الْبُيُوعِ



كتاب البيوع[1]

كتابُ البيوعِ[2]

البيعُ: مُبادَلةُ مالٍ بمالٍ بتَراضٍ[3].

---

(١) في (ب) زيادة: بسم الله الرحمن الرحيم، وبه الحول والقوة، وفي (و): بسم الله الرحمن الرحيم.

(٢) البيوع: جمع بيع، بمعنى مبيع، كضَرْب الأمير، والمبيعات أصناف مختلفة وأجناس متفاوتة، أو جمع المصدر لاختلاف أنواعه، إما باعتبار المبيع؛ لأنه إما بيع سلعة بسلعة ويسمى مقايضة، أو بالثمن وهو البيع المشهور، أو بيع ثمن بثمن وهو الصرف، أو دين بثمن وهو السلم، وإما باعتبار الثمن؛ لأن الثمن الأول إن لم يعتبر يسمى مساومة أو اعتبر مع زيادة فهو المرابحة، أو بدونها فهو التولية، أو مع النقص فهو الوضعية، أو أريد به الحاصل بالمصدر كعلوم في جمع علم.

وهو من الأضداد، يقال على الإخراج عن الملك والإدخال فيه، قال صلى الله تعالى عليه وسلم: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، ولا يبيع على بيع أخيه»، أي لا يشتري على شراء أخيه؛ لأن المنهي عنه هو الشراء لا البيع، ويقع غالبًا على إخراج المبيع عن الملك قصدًا.

ويتعدى إلى المفعول الثاني بنفسه وبالحرف، نحو باعه الشيء وباعه منه، وربما دخلت اللام فيقال: بعت الشيء وبعت لك، فهي زائدة، وابتاع زيد الدار: بمعنى اشتراها، وباع عليه القاضي: أي من غير رضاه، وكذا الشراء، قال الله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾، أي باعوه، ويقع غالبًا على إخراج الثمن عن الملك قصدًا. «مجمع الأنهر» ٢/ ٢.

وفي «الكفاية»: قيل: أنواع البيع ترتقي إلى عشرين نوعًا أو أكثر، والكل مذكور في «النهاية». «الأنيس» ص٧٣.

(٣) في (م) و(ف): مع تراض.

البيعُ: مُبادَلةُ المالِ بالمال بالتَّراضِي، وهو من الأَضداد، ويَقَعُ في الغالِب على إخراج الْمَبيعِ عن الْمِلك قصدًا.

ويُعدَّى إلى الْمَفعول الثّاني بنَفسه وبحَرف الجرِّ، يُقالُ: باعه الشَّيءَ، و: باعه منه.

والشِّراءُ كذلك من الأَضداد، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ [يُوسُف: ٢٠]، أي باعوه، ويَقَعُ في الغالِب على إخراج الثَّمَنِ عن الْمِلك قصدًا.

وإنما جُمِع الْمَصدَرُ على تَأويل أنواعِه، كبَيع العَينِ بالعَين، ويُسمّى مُقايَضةً، ويَكونُ كلُّ واحِدٍ منهما مَبيعًا وثَمَنًا.

وبيعِ العَينِ بالثَّمَن، وهو الْمُطلَقُ.

وبيعِ الثَّمَنِ بالثَّمَن، وهو الصَّرفُ.

وبيعِ الدَّينِ بالعَين، وهو السَّلَمُ.

وبيعِ الْمُساوَمةِ، وهو: البيعُ بثَمَنٍ يَتَّفِقان عليه.

وبيعِ الْمُرابَحةِ، وهو: البيعُ بالثَّمَن الأوَّلِ وزِيادةٍ[1].

وبيعِ التَّولِيةِ، وهو: البيعُ بالثَّمَن الأوَّل بلا زِيادةٍ.

وبيعِ الوَضيعةِ، وهو: البيعُ بالنُّقصان عن الثَّمَن الأوَّلِ.

والكلُّ مَشروعٌ؛ إذ البيعُ يَنطلِقُ على الكلّ.

وهو مَشروعٌ بالكِتاب، وهو قولُه تَعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البَقَرَة: ٢٧٥].

والسُّنّةِ، وهي كَثيرةٌ[2]، وإجماعِ الأُمّةِ.

---

(١) في (ب): بزيادة.

(٢) قال في «الاختيار» ٢/ ٣ في بيان مشروعية البيع: وأما السنة: فلأنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بُعث والناس=

والمَعقولِ، وهو أن الله تَعالى جَعَل المالَ سببًا لإقامة مَصالِحِ العِبادِ، وشَرَع التِّجارةَ طَريقًا إلى الاكتِساب؛ إذ كلُّ ما يَحتاجُ إليه كلُّ أحدٍ لا يُوجَدُ مُباحًا في كلِّ مَوضِعٍ، وفي الأخذ على سَبيل التَّغالُبِ فَسادٌ، واللهُ تَعالى لا يُحِبُّ الفَسادَ، فشُرِعت التِّجارةُ بطَريق التَّراضِي، وإليه أَشار بقَوله تَعالى[1]: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْۚ﴾ [النِّساء: ٢٩].

ويَنعقِدُ بصُدور رُكنِه من أَهله، في محَلٍّ قابِلٍ لحُكمه، كسائِر العُقودِ الشَّرعيّةِ.

فأهلُه: كلُّ عاقِلٍ مُميِّزٍ.

ومحَلُّه: ما يَقبَلُ حُكمَه، وهو الْمِلكُ، وهو: عِبارةٌ عن القُدرة **لُغةً**، قال اللهُ تَعالى: ﴿لَا يَمْلِكُونَ لِأَنفُسِهِمْ نَفْعًا وَلَا ضَرًّاۚ﴾ [الرَّعد: ١٦]، وعن القُدرة على التَّصرُّفات في الْمَحالِّ بوَصف الاختِصاصِ **شَريعةً**.

ومَعناه: أن يَتمكَّنَ من التَّصرُّف في المحَلِّ على وجهٍ لا يَقدِرُ غيرُه على دَفعه، ويَقدِرُ هو على دَفع غيرِه، وهو صِفةُ المالِكِ؛ لأن القُدرةَ صِفةُ القادِرِ، إلا أن يُرادَ بها الْمَقدورُ والْمَملوكُ، فيَكونُ وصفًا للمحَلِّ حينَئذٍ.

ولَزِم[2] بإيجابٍ[3] ....

= يتبايعون، فأقرهم عليه، وقد باع عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ واشترى مباشرةً وتوكيلًا. انتهى.

وستأتي الأحاديث في هذا الكتاب.

(١) في (هـ): أشار تعالى بقوله.

(٢) ويعبر عنه أيضًا بالانعقاد، والانعقاد: عبارة عن انضمام أحد كلام العاقدين إلى الآخر على وجه يظهر أثره في المحل شرعًا. «الأنيس» ص٧٣.

(٣) الإيجاب: ما ذكر أولاً من لفظ بعت واشتريت. وقيل: الإيجاب فعل، والفعل خروج الممكن من الإمكان إلى الوجوب، أي إلى التحقق والثبوت. «الأنيس» ص٧٣.

وقَبولٍ[1]، وتَعاطٍ(ف)[2].

ورُكنُه: ما يَقومُ به العقدُ، وهو الإيجابُ والقَبولُ إذا كانا بلَفظ الماضِي، مِثلُ أن يَقولَ أحَدُهما: (بِعتُ)، ويَقولَ الآخَرُ: (اشتَريتُ) أو (قَبِلتُ)؛ لأن البيعَ إنشاءُ تَصرُّفٍ، والإنشاءُ يُعرَفُ بالشَّرع؛ لأن الواضِعَ لم يَضَع للإنشاء لفظًا خاصًّا، فاستُعمِل اللَّفظُ الذي وُضِع للإخبار عن الماضِي للإنشاء.

وإنما خُصَّ بلَفظ الماضِي: لأنه يَستَدعي سَبْقَ الْمُخبَرِ به ليَكونَ الكَلامُ صَحيحًا عقلًا وحِكمةً، فكان الوُجودُ حقًّا له بمُقتَضى[3] الحِكمةِ، فإذا قَصَد الإنشاءَ اختِير اللَّفظُ الذي لَزِمه الوُجودُ، وهو لفظُ الإخبارِ عن الماضِي.

ولا يَنعقِدُ بلَفظَين أحَدُهما مُستقبَلٌ، نحوُ أن يَقولَ البائِعُ: (أَبِيعُك)، أو (اشتَرِ منِّي)، ويَقولَ الْمُشتَري: (اشتَريتُ)، أو يَقولَ الْمُشتَري: (بِعني)، فيَقولَ البائِعُ: (بِعتُ)، بخِلاف النِّكاحِ؛ فإنه لو قال: (زَوِّجني)، فقال الوليُّ: (زَوَّجتُك): يَنعقِدُ النِّكاحُ.

والفرقُ: أن النِّكاحَ لا يَخلو عن تَقدُّم الخِطبةِ والخُطبةِ، وهما يَدُلّان على أن الْمُرادَ به الحالُ، أما البيعُ: فيَقَعُ بَغتةً، فيُجعَلُ قولُه: (أبِيعُك) عِدَةً، و(بِعني) استِيامًا[4] وطلَبًا، وذا لا يَدُلُّ على الوُجود لا مَحالةَ.

---

(١) القبول: ما ذكر ثانيًا، وهو المتعارف. «الأنيس» ص٧٣.

(٢) بيع التعاطي: مناولة البائع السلعة ومناولة المشتري الثمن دون إيجاب وقَبول. «لغة الفقهاء» ص١٣٤. والشرط في بيع التعاطي: الإعطاء من الجانبين عند شمس الأئمة الحلواني، وقيل: الإعطاء من أحد الجانبين يكفي. «الأنيس» ص٧٣.

(٣) في (ب): مقتضى، وفي (هـ): لمقتضى.

(٤) في حاشية (د): (استفهامًا). ومعنى الاستيام المساومة.

ولأن قولَه: (زَوِّجيني نفسَكِ[1]) تَفويضُ العقدِ إليها، فيُجعَلُ قولُها: (زَوَّجتُ) عقدًا تامًّا؛ لأن بكَلام الواحِدِ يَنعقِدُ النِّكاحُ إذا كان مَأمورًا به، ولا يَتأتَّى هذا في البَيع؛ لأن بكَلام الواحِدِ لا يَنعقِدُ البيعُ من الجانِبَين إذا لم يكن أحَدُهما مَوليًّا عليه من الآخَر.

ولا يَلزَمُ أنه لو قال: (خُذه بألفٍ)، فإن البيعَ به يَنعقِدُ به: لأنه أمَره بالأَخذ بألفٍ، وليس له وِلايةُ الأمرِ بالأَخذ بألفٍ إلا بالبَيع، فيَثبُتُ البيعُ اقتِضاءً كأنه، قال: (بِعتُك بكذا، فخُذه).

وقولُه: (رَضِيتُ) أو (أعطَيتُك).. (بكذا)، أو (جَعَلتُ لك عَبدي هذا بألفٍ).. بمَعنى قولِه: (بِعتُ)؛ لأنه يُؤدِّي مَعناه، والعِبرةُ في العُقود للمَعاني، فالكَفالةُ بشَرط بَراءةِ الأصيلِ حَوالةٌ، والحَوالةُ بشَرط مُطالَبةِ الأصيلِ كَفالةٌ.

ولا يَلزَمُ أنه يَنعقِدُ البيعُ بالتَّعاطِي في الأَشياء النَّفيسةِ والخَسيسةِ عندَ الجُمهورِ، ولا وُجودَ للشَّيء مع انتِفاءِ رُكنِه: لأنه وُجِد التَّراضِي، وهو الْمُعتبَرُ في الباب، إلا أنه لما كان باطِنًا أُقِيم الإيجابُ والقَبولُ مُقامَه؛ لدَلالتهما على الرِّضا[2]، والتَّعاطِي أدَلُّ على الرِّضا منهما.

والشَّرطُ في بَيع التَّعاطِي: الإعطاءُ من الجانِبَين عندَ شمسِ الأئِمّةِ الحَلْوانيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَىٰ، وقِيل: الإعطاءُ من أحَد الجانِبَين يَكفي.

وإذا أوجَب أحدُ الْمُتعاقِدَين البيعَ فالآخَرُ بالخِيار، إن شاء قَبِل في الْمَجلِس، وإن شاء رَدّ، وهذا خِيارُ القَبولِ؛ لأنه لو لم يَثبُت له الخِيارُ يَلزَمُه حُكمُ العقدِ بلا رِضاه، فيَتضرَّرُ به، وهو مَدفوعٌ.

---

(١) في (هـ): زوجني بنتك.

(٢) في (ب): التراضي، وفي (هـ): الرضا منهما.

وإذا لم يُفِد[1] الحُكمَ بدُون قَبولِ الآخرِ فللمُوجِب أن يَرجِعَ عن الإيجاب؛ لأنه خَلا عن إبطال حقِّ الغيرِ لَمّا لم يَستقِلَّ[2] الإيجابُ بإفادة الحُكمِ.

وخِيارُ القَبولِ يَمتدُّ إلى آخِر المَجلِسِ، وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: على الفَور.

ولنا: أن المُشتريَ يَحتاجُ إلى التَّأمُّل والتروِّي أنه هل يُوافِقُه أم لا، فجُعِل ساعاتُ المَجلِسِ كساعةٍ واحِدةٍ؛ دفعًا للعُسر، وتَحقيقًا لليُسر، قال اللهُ تَعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]، وقال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «يَسِّرا ولا تُعسِّرا[3]»[4].

والكِتابُ والإرسالُ كالخِطاب، حتى يُعتبَرُ مَجلِسُ بُلوغِ الكِتابِ وأداءِ الرِّسالةِ؛ لأنهما من الغائِب كالخِطاب من الحاضِر، فإنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ كان مَأمورًا بتَبليغ الشَّرائعِ إلى النّاس[5]، وقد بَلَّغ البعضَ بهما[6]، فلو لم يَكونا كالخِطاب لكان مُقصِّرًا

(١) في (أ): يعد.

(٢) في (ب): يوجب.

(٣) في (ب) و(ج): يسروا ولا تعسروا. وهذا اللفظ رواه البخاري (٦٩)، ومسلم (١٧٣٤).

(٤) روى البخاري (٣٠٣٨) ومسلم (١٧٣٣) أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعث معاذًا وأبا موسى إلى اليمن، قال: «يسرا ولا تعسرا، وبشرا ولا تنفرا، وتطاوعا ولا تختلفا».

(٥) قال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلرَّسُولُ بَلِّغْ مَآ أُنزِلَ إِلَيْكَ مِن رَّبِّكَ ۖ وَإِن لَّمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَّغْتَ رِسَالَتَهُۥ ۚ وَٱللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ ٱلنَّاسِ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَهْدِى ٱلْقَوْمَ ٱلْكَـٰفِرِينَ﴾ [المائدة: ٦٧]

(٦) أي بالكتاب والإرسال.

ومن جملة ما بلغه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالكتاب: كتبه إلى ملوك الأرض وحكامها، ومن ذلك ما رواه البخاري (٦٢٦٠) ومسلم (١٧٧٣) واللفظ للأول: عن ابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا أن أبا سفيان بن حرب أخبره: أن هرقل أرسل إليه في نفر من قريش، وكانوا تجارًا بالشأم، فأتوه... فذكر الحديث، قال: ثم دعا بكتاب رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقرئ، فإذا فيه: «بسم الله الرحمن الرحيم، من محمد عبد الله ورسوله،=

في التَّبليغ.

وحَرُم التَّفريقُ في القَبول، والقبضُ بأَداء ثَمَنِ البعضِ، أو الإبراءِ[1] أو التَّأجيلِ[2]، ولو بعضُها دَراهِمَ، وبعضُها دَنانيرَ، إن اتَّحَد العاقِدُ، والعقدُ، والثَّمَنُ، أو الأكثرُ، وحَلَّ إن تَعدَّد الكُلُّ أو الأكثرُ[3].

وحَرُم التَّفريقُ في القَبول والقبضِ بأَداء ثَمَنِ البعضِ، أو الإبراءِ، أو التَّأجِيل، وإن كان بعضُها دَراهِمَ، وبعُضها دَنانيرَ.. إن اتَّحَد العاقِدُ، والعقدُ، والثَّمَنُ، أو الأكثرُ، وحَلَّ إن تَعدَّد الكلُّ أو الأكثرُ.

= إلى هرقل عظيم الروم، السلام على من اتبع الهدى، أما بعد».

وما رواه مسلم (١٧٧٤) عن أنس: أن نبي الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كتب إلى كسرى، وإلى قيصر، وإلى النجاشي، وإلى كل جبار، يدعوهم إلى الله تعالى، وليس بالنجاشي الذي صلى عليه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

ومن جملة ما بلغه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالإرسال: ما ذكر من حديث الصحيحين السابق من إرساله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أبا موسى ومعاذًا رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا إلى أهل اليمن.

(١) الإبراء أنواع: فالإبراء من الدين: أي جعل المديون بريئًا من الدين، وأصل البراءة: التخلص والتفصي مما يكره مجاورته.

وإبراء الاستيفاء: هو عبارة عن اعتراف أحد بقبض حقه الذي هو في ذمة الآخر واستيفائه، وهو نوع إقرار.

وإبراء الإسقاط: هو أن يبرئ أحد بإسقاط تمام حقه الذي هو على الآخر، أو بحط مقدار منه عن ذمته، وهو الإبراء الموضوع بحثه في كتاب الصلح.

والإبراء الخاص: هو إبراء أحد من دعوى متعلقة بخصوص، كدعوى الطلب من جهة الدار.

والإبراء العام: هو إبراء أحد من كافة الدعوى. «التعريفات الفقهية» ص١٥.

(٢) في سوى (ن) و(س): والتأجيل.

التأجيل: ضرب الأجل للشيء وجعله في المؤَجَّل، وأيضًا: تعليق الدين وتأخيره إلى وقت معين، والتأجُّل: طلب التأجيل. «التعريفات الفقهية» ص٥٠.

(٣) قوله (الكل أو) مثبت من (ع).

اعلَم أن البائِعَ إذا أوجَب في شيءٍ أو شَيئَين، وأراد الْمُشتَري أن يَقبَلَ في البَعض دونَ البعضِ: ليس له ذلك، وكذا إذا أوجَب الْمُشتَري، وأراد البائِعُ أن يَقبَلَ في البَعض دونَ البعضِ: ليس له ذلك.. إن اتَّحَدت الصَّفْقةُ؛ لتَضرُّر الآخَرِ بتَفريق الصَّفْقةِ، وإن تَفرَّقت الصَّفْقةُ فله ذلك.

والتَّفريقُ في القَبض كالتَّفريق في القَبول؛ لأن القبضَ إتمامُ العقدِ، والصَّفْقةُ متى اتَّحَدت إيجابًا اتَّحَدت إتمامًا، وإن تَفرَّقت إيجابًا تَفرَّقت إتمامًا؛ وهذا لأن للقَبض شبَهًا بالعَقد؛ لأنه يُفيدُ مِلكَ التَّصرُّفِ، كما أن العقدَ يُفيدُ مِلكَ الرَّقَبةِ، فكما لا يَصِحُّ قَبولُ العقدِ في البَعض دونَ البعضِ عندَ اتِّحادِ الصَّفْقةِ، ويَصِحُّ عندَ تَعدُّدِها.. لا يَصِحُّ قبضُ البعضِ دونَ البعضِ عندَ اتِّحادِها، ويَصِحُّ عندَ تَعدُّدِها.

وهذا لأن عندَ الاتِّحادِ يَتضرَّرُ الآخَرُ بعَيب الشَّرْكةِ، أو بفَوت الغرَضِ(١)؛ إذ الْمَرءُ قد يَجمَعُ بينَ الشَّيئَين في البَيع أو الشِّراءِ(٢) وغرَضُه أحَدُهما، فإذا اشتَرى شَيئَين أو أشياءَ(٣)، ونَقَد ثَمَنَ البعضِ: فليس له أن يَقبِضَ ما نَقَد ثَمَنَه.

وكذا لو أبرَأه عن ثَمَن البعضِ، أو أجَّله، أو كان في الأَصل ثَمَنُ البعضِ مُؤجَّلًا، وكذا إن كان ثَمَنُ البعضِ دَراهِمَ، وثَمَنُ البعضِ دَنانيرِ، فنَقَد الدَّراهِمَ: لم يَقبِض ما نَقَد ثَمَنَه.

وإذا اتَّحَد العاقِدُ، والعقدُ، والثَّمَنُ، أو الأكثرُ.. اتَّحَدت الصَّفْقةُ، وإن تَعدَّد الكلُّ أو الأكثرُ.. تَعدَّدت الصَّفْقةُ.

---

(١) في (هـ) و(و): العرض.

(٢) في (ب): بين شيئين في البيع أو أشياء.

(٣) في (د) و(هـ) و(و): شيئًا.

وتَعدُّدُ العاقِدِ: بأن يَكونَ البائعُ أو الْمُشتَري اثنَين.

وتَعدُّدُ الثَّمَنِ بأن يَقولَ: (بِعتُ منك هذين الثَّوبَين، هذا بكذا، وهذا بكذا).

وتَعدُّدُ العقدِ بأن يَقولَ: (بِعتُ منك هذا بكذا، وبِعتُ هذا بكذا)، وهذا لا يُتصوَّرُ مع اتِّحادِ الثَّمَنِ.

وقولُه في «الهِداية»: (إلا أن يُبيِّنَ ثَمَنَ كلِّ واحِدٍ؛ لأنه صَفَقاتٌ معنًى).. لا يَتِمُّ، إلا أن يُدرَجُ تَكرارُ لفظِ العقدِ؛ لأن به تَتعدَّدُ الصَّفْقةُ لا بمُجرَّد بَيانِ ثَمَنِ كلِّ واحِدٍ، فإنه إذا تَعدَّد الثَّمَنُ، واتَّحَد العاقِدُ والعقدُ، بأن خاطَب الواحِدُ واحِدًا وقال: (بِعتُ منك هذه الأثوابَ العشَرةَ كلَّ ثَوبٍ بعَشَرةٍ): كانت الصَّفْقةُ مُتَّحِدةً، نَصَّ عليه في «الْمُحيط»؛ لتَرجُّح[1] ما يُوجِبُ الاتِّحادَ.

والأصلُ: أنه إذا تَعارَضت جِهاتُ اتِّحادِ الصَّفْقةِ وجِهاتُ التَّعدُّدِ.. يُعمَلُ بالغالِب.

وأيٌّ قام قبلَ القَبولِ بَطَل.

وأيُّهما قام عن الْمَجلِس قبلَ القَبولِ: بَطَل الإيجابُ؛ إذ القِيامُ دَليلُ الإعراضِ والرُّجوعِ، وله ذلك؛ لِما مَرّ.

وإذا حَصَل الإيجابُ والقَبولُ لَزِم البيعُ، ولا خِيارَ لواحِدٍ منهما إلا [2]بعَيبٍ أو عدَمِ رُؤيةٍ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لكلِّ واحِدٍ منهما خِيارُ الْمَجلِسِ ما لم يَتفرَّقا بدَنًا[3]؛ لقَوله

(١) في (ب): أن الترجح.

(٢) في (ب): إلا من عيب.

(٣) في (ب): يدًا.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الْمُتبايِعان بالخِيار ما لم يَتفرَّقا»[1].

ولنا: أن العقدَ لَمّا تَمَّ بالإيجاب والقَبولِ ثَبَت الْمِلكُ لكلِّ واحِدٍ منهما، فالفسخُ من أيِّهما كان إبطالُ حقِّ الآخَرِ بلا رِضاه، فلا يَجوزُ، كما بعدَ الافتِراقِ عن الْمَجلِس.

والْمُرادُ بالحَديث: خِيارُ القَبولِ، والتَّفرُّقِ[2]: تَفرُّقُ الأقوالِ، أي إذا أوجَب أحَدُهما البيعَ فالآخَرُ بالخِيار، إن شاء قَبِل، وإن شاء لم يَقبَل، وللمُوجِب خِيارُ الرُّجوعِ عمّا قال قبلَ قَبولِ صاحِبِه.

وهذا الخِيارُ ثابتٌ ما لم يَتفرَّقا قولًا، فإن تَفرَّقا قولًا، بأن قال أحَدُهما: (بِعتُ)، وقال الآخَرُ: (لا أشتَري[3]): لم يَبقَ الخِيارُ بعدَه، وفيه إشارةٌ إليه[4]؛ فإنهما مُتبايِعان حالةَ الْمُباشَرةِ لا بعدَها ولا قبلَها، كالْمُقاتِلَين، والْمُناظِرَين[5].

وتَحقيقُه: أن الأحوالَ ثَلاثةٌ: حالةٌ لم يُوجَد فيها الإيجابُ ولا القَبولُ، وحالةٌ وُجِدا فيها، وحالةٌ وُجِد فيها أحَدُهما.

فإطلاقُ اسمِ الْمُتبايِعَين عليهما في الحالة الأُولى والثّانيةِ مَجازٌ باعتِبار ما يَؤولُ إليه، أو باعتِبار ما كان، فتَعيَّنت الحالةُ الثّالثةُ؛ إذ هي جامِعةٌ قَريبةٌ إلى الحَقيقة؛ إذ الشّارعُ بَقّى الإيجابَ ما داما في الْمَجلِس ليَرتبِطَ بالقَبول.

فإن قِيل: ذَكَر ابنُ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أن التَّفرُّقَ تَفرُّقُ الأبدانِ[6].

---

(١) رواه البخاري (٢١٠٨)، ومسلم (١٥٣٢)، وهذا لفظ الإمام أحمد (٣٩٣).

(٢) أي والمراد بالتفرق..

(٣) في (ب) و(هـ): اشتريت، وفي (ج): أشتري.

(٤) أي في الحديث إشارة إلى خيار القبول. «البناية» ٨/ ١٢.

(٥) في (ب) و(هـ): والمتناظرين. وفي «البناية» ٨/ ١٢: كالمتقابلين والمتناظرين.

(٦) روى البخاري (٢١٠٧) ومسلم (١٥٣١) عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، =

قُلنا: تَأويلُ الرّاوي لا يَكونُ حُجّةً على غَيره، ولا يَكونُ ردًّا لاحتِمالٍ آخرَ، كيف وقد رُوِيَ عن النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ في رِوايةٍ: «الْمُتبايِعان بالخِيار ما لم يَتفرَّقا عن بَيعهما»[1]؟!

ولا بُدَّ مِن معرفةِ قَدْرٍ، ووصفِ ثَمَنٍ غيرِ مُشارٍ، لا مُشارٍ.

والثَّمَنُ إذا كان غيرَ مُشارٍ: لا بُدَّ من مَعرِفة قَدْرِه وصِفَتِه؛ لأن جَهالتَهما تُفضِي إلى النِّزاع المانِعِ من التَّسليم والتَّسلُّمِ، فيَعرى العقدُ عن الْمَقصود، وكلُّ جَهالةٍ هذه صِفتُها تَمنَعُ الجوازَ.

وإذا كان الثَّمَنُ أو غيرُه مُشارًا: لا يُحتاجُ إلى مَعرِفة مِقدارِه في جَوازِ البيعِ؛ لأن

=قال: «إن المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا، أو يكون البيع خيارًا». قال نافع: وكان ابن عمر إذا اشترى شيئًا يعجبه فارق صاحبه. وفي لفظ مسلم: قال نافع: فكان إذا بايع رجلًا، فأراد أن لا يقيله قام فمشى هنية ثم رجع إليه.

قال الإمام الخطابي رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في «معالم السنن» ٣/ ١١٨: اختلف الناس في التفرق الذي يصح بوجوده البيع.. فقالت طائفة: هو التفرق بالأبدان، وإليه ذهب عبد الله بن عمر بن الخطاب وأبو برزة الأسلمي رَضِيَ اللهُ عَنهُ، وبه قال شريح وسعيد بن المسيب والحسن البصري وعطاء بن أبي رباح والزهري، وهو قول الأوزاعي والشافعي وأحمد بن حنبل وإسحاق وأبي عبيد وأبي ثور.

وقال النخعي وأصحاب الرأي: إذا تعاقدا صح البيع، وإليه ذهب مالك.

قال الشيخ: وظاهر الحديث -أي حديث أبي داود- يشهد لمن ذهب إلى أن التفرق هو تفرق البدن، وعلى هذا فسره ابن عمر وهو راوي الخبر، وكان إذا بايع رجلًا فأراد أن يستحق الصفقة مشى خطوات حتى يفارقه، وكذلك تأول أبو برزة في شأن الفرش الذي باعه الرجل من صاحبه وهما في المنزل، وقد ذكر القصة في هذا الباب أبو داود.

(١) لم أقف على هذه الرواية بهذا اللفظ، وأشار إليها الكاساني في «البدائع»، فمرة جعلها مرفوعة ٥/ ١٣٤، ومرة موقوفة على ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنهُمَا ٥/ ٢٢٨.

الإشارةَ أبلَغُ أسبابِ التَّعريفِ، وجَهالةُ الوصفِ لا تُفضِي إلى النِّزاع، فلا تَمنَعُ الجَوازَ، بخِلافِ السَّلَمِ؛ فإن مَعرِفةَ قَدْرِ رأسِ المالِ شرطٌ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وصحَّ حالًّا(١)، وبأجَلٍ مَعلومٍ.

وصَحَّ البيعُ بثَمَنٍ حالٍّ ومُؤجَّلٍ بأجَلٍ مَعلومٍ؛ لإطلاق قولِه تَعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقد اشترى رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من يَهوديٍّ إلى أجَلٍ، ورَهَنه دِرعَه(٢).

ولا بُدَّ من مَعلوميّةِ الأجَلِ؛ لأن جَهالتَه تُفضِي إلى النِّزاع، فالبائِعُ يُطالِبُه في مُدّةٍ قَريبةٍ، والْمُشتَري يُسلِّمُ في مُدّةٍ بَعيدةٍ، فيَمتنِعُ التَّسليمُ والتَّسلُّم.

ومُطلَقُه: على النَّقد الغالِبِ، وإن اختلَفَ ولم يُبيِّن: فَسَد.

ومن أطلَقَ الثَّمَنَ في البَيع، بأن ذَكَر القَدْرَ دونَ الصِّفةِ: كان على غالِب نقدِ البلَدِ؛ لأن الْمُتعارَفَ بينَ النّاسِ الْمُعامَلةُ بالنَّقد الغالِبِ، فكان التَّعيينُ بالعُرف كالتَّعيين بالنَّص، فانصَرَف مُطلَقُ التَّسميةِ إليه، كيف وفيه التَّحرِّي للصِّحّة؟! وأُمورُ الْمُسلِمين مَحمولةٌ على الصِّحّة والسَّدادِ؛ إذ العقلُ والدِّينُ يَمنَعان عن الفَساد.

وإن كانت النُّقودُ مُختلِفةً: فَسَد البيعُ، إلا أن يُبيِّنَ أحدَها(٣).

---

(١) حل الدين يحِل -بالكسر- حلولاً: انتهى أجله، فهو حالّ. «المصباح» ١/ ١٤٧.

(٢) رواه البخاري (٢٠٦٨)، ومسلم (١٦٠٣).

(٣) في (د) و(هـ): أحدهما. وفي «البناية» ٨/ ١٧: (إلا أن يبين أحدها) استثني من قوله: فالبيع فاسد، أي إلا أن يبين أحد النقود المختلفة، فحينئذ يجوز. انتهى.

قلت: ويصح أيضًا أن يكون الوجه (أحدهما)، كما في نسخة «الهداية» المفردة ٣/ ٢٤ و«الفتح» ٦/ ٢٦٣، فإن كان حينها مرفوعًا: فهو عائد على المبين، وبيانه يكون لأحد النقدين، وإن كان منصوبًا،=

وهذا إذا كانت النُّقودُ في الرَّواج سَواءً؛ لأنه لا يُمكِنُ تَرجيحُ بعضِها على البَعض؛ لإطلاق التَّسميةِ، فيَبقى الْمُسمّى مَجهولًا، وهذه الجَهالةُ تُفضِي إلى النِّزاع؛ إذ الطّالبُ يُطالِبُ بأَعلى النُّقودِ، والْمَطلوبُ يُسلِّمُ أَدنى النُّقودِ، وكلُّ واحِدٍ منهما يَحتجُّ بمُطلَق التَّسميةِ، فيَفسُدُ العقدُ، إلا أن تَزولَ الجَهالةُ بالبَيان، أو يَكونَ أَحَدُها[1] أروَجَ، فحينَئذٍ يُصرَفُ إليه؛ تَحرِّيًا للصِّحّة.

وهذا إذا كانت مُختلِفةً في الماليّة، فإن كانت سَواءً فيها جاز البيعُ إذا أَطلَق اسمَ الدَّراهِمِ، ويَنصرِفُ إلى ما قُدِّر به[2] من أيِّ نوعٍ كان؛ إذ لا نِزاعَ عندَ عدَمِ الاختِلافِ في الماليّة، وهو المانِعُ من الجَواز.

وذا بأن يَكونَ الواحِدُ أُحاديًّا، والآخَرُ ثُنائيًّا أو ثُلاثيًّا، فماليّةُ الاثنَين أو الثَّلاثِ كماليّة الواحِدِ من الأُحاديّ، ولا يُسمّى الواحِدُ من الثُّنائيِّ أو الثُّلاثيِّ دِرهَمًا في ذلك العُرفِ، بل يَنصرِفُ الدِّرهَمُ في عُرفهم إلى أَحَد الأشياءِ، وهو الواحِدُ من الأُحاديّ، والاثنانِ من الثُّنائيّ، والثَّلاثُ من الثُّلاثيّ، فحينَئذٍ يَصِحُّ العقدُ على الدِّرهَم الْمُطلَقِ.

وبيعُ الطَّعامِ كيلًا[3]، وجُزافًا[4]،..........................

= كان عائدًا على أحد النقدين، وأما ضمير الإفراد فقد بينته.

(١) في (د) و(هـ): أحدهما.

(٢) في (ب): قربه، وفي (د) و(و): قدر له.

(٣) الكَيْل.. مصدر كال: تقدير الأشياء بحجومها.

الكيلي: ما يكون بيان مقداره بالكيل. «لغة الفقهاء» ص٣٨٦.

(٤) المجازفة: أخذ الشيء بلا كيل ولا وزن. والجزف: أخذ الشيء مجازفة وجزافًا. «الأنيس» ص٧٣. الجزاف: معناه الأخذ بكثرة من غير تقدير، وفي البيع: بيع مجموع بلا تقدير، يعني البيع والشراء بالحدس بلا كيل ولا وزن. «التعريفات الفقهية» ص٧١.

وبإناءٍ[1] أو حَجَرٍ بعَينه، لم يُدْرَ قَدْرُه.

ويَجوزُ بيعُ الطَّعامِ والحُبوبِ كيلًا وجُزافًا؛ لأن الجَهالةَ لا تَمنَعُ من التَّسليم، فصار كجَهالة القِيمةِ، بأن باع شيئًا ولا يَعرِفان قِيمتَه، فإنه يَجوزُ؛ لأن الجَهالةَ لا تُفضِي إلى النِّزاع.

وهذا إذا باع بخِلاف جِنسِه مُجازَفةً؛ لقوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إذا اختلَف النَّوعان فبِيعوا كيف شِئتُم»[2].

وإن باع بجِنسه مُجازَفةً لا يَجوزُ؛ لاحتِمال الرِّبا، وشُبهتُه مُلحَقةٌ بحَقيقته.

ويَجوزُ بإناءٍ بعَينه لا يُعرَفُ قَدْرُه، أو بوَزن حَجَرٍ بعَينه لا يُعرَفُ قَدْرُه؛ لأن البيعَ يُوجِبُ التَّسليمَ في الحال، وهَلاكُه قبلَ التَّسليمِ نادِرٌ، فلا يُعتبَرُ.

بخِلاف السَّلَمِ؛ لأن التَّسليمَ في السَّلَم لا يَعقُبُ العقدَ، وإنما يَكونُ بعدَ حُلولِ الأجَلِ، وربما يَهلِكُ الإناءُ أو الحجَرُ قبلَ حُلولِ الأجَلِ، فلا يُدرى كم يَجِبُ تَسليمُه، فيُؤدِّي إلى النِّزاع، واحتِمالُ الفَسادِ فيه مُلحَقٌ بحَقيقة الفَسادِ؛ لأن العقدَ على المَعدوم في الحال.

---

(١) الإناء: وعاء الطعام والشراب. «لغة الفقهاء» ص٩٠.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ٤: غريب بهذا اللفظ، وروى الجماعة (مسلم ١٥٨٧) إلا البخاري من حديث عبادة بن الصامت: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مِثلًا بمثل، سواءً بسواء، يدًا بيد، وإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد». انتهى.

وأخرجه الطبراني في «معجمه» (١٠١٧) من حديث بلال نحوه وقال فيه: «فلا بأس به واحد بعشرة»، وأخرجه الدارقطني في «سننه» (٢٨٥٣) عن أنس وعبادة بن الصامت عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ما وزن فمثل بمثل، إذا كان نوعًا واحدًا، وما كيل فمثل ذلك، فإذا اختلف النوعان فلا بأس به». انتهى.

وروى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أنه لا يَجوزُ في بَيع العَينِ أيضًا؛ لأن الْمَبيعَ مَجهولُ القَدْرِ.

والأوَّلُ أصَحُّ؛ لأن الجَهالةَ لا تَمنَعُ لذاتها، بل لإفضائها إلى النِّزاع، فإذا كان القَفيزُ[1] قائِمًا أمكَن التَّسليمُ، فلا يُؤدِّي إليه.

باع صُبرةً[2] كلَّ صاعٍ بكذا: صحَّ في صاعٍ(س م).

ومن باع صُبرةَ طَعامٍ كلَّ صاعٍ بدِرهَمٍ صَحَّ في صاعٍ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُٱللَّهُ، إلا أن يُسمِّيَ جُملةَ قُفزانِها، وقالا: يَجوزُ في الكلّ، سَمّى أم لم يُسَمِّ.

وفي صُبرتَي بُرٍّ وشَعيرٍ، وثَلّةٍ[3]، وثَوبٍ: لا(س م).
ولو سَمّى الكلَّ: صحّ.

ولو باع كلَّ قَفيزٍ بدِرهَمٍ من صُبرتَي بُرٍّ وشَعيرٍ: لا يَصِحُّ عندَه في الكلّ، وعندَهما: يَصِحُّ في الكلّ.

وذَكَر في «الْمُحِيط» و«الإيضاحِ»: أن العقدَ يَصِحُّ على قَفيزٍ واحِدٍ منهما عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُٱللَّهُتَعَالَىٰ.

ومن باع قَطيعَ غنَمٍ كلَّ شاةٍ بدِرهَمٍ: فَسَد البيعُ في الكلِّ عندَه، وكذا من باع ثَوبًا مُذارَعةً كلَّ ذِراعٍ بدِرهَمٍ، ولم يُسَمِّ جُملةَ الذُّرعانِ، ولو سَمّى الكلَّ صَحّ.

---

(١) كذا في (ج)، وفي (ب): الفقير، وفي باقي النسخ غير منقوطة.

(٢) الصُّبرة من الطعام: جمعها صُبَر، مثل غرفة وغرف، وعن ابن دريد: اشتريت الشيء صُبرة: أي بلا كيل ولا وزن. «المصباح» ١/ ٣٣١.

(٣) الثَّلّة بفتح الثاء: القطعة من الغنم، وبضمها: من الناس. «المشارق» ١/ ١٢٩.

فههنا أربعُ مَسائِلَ:

إحداها: في الْمَكيلات والْمَوزوناتِ.

والثّانيةُ: في العَدَديّات الْمُتقارِبةِ.

والثّالثةُ: في العَدَديّات الْمُتفاوِتةِ، كالأَغنام ونحوِها.

والرّابعةُ: في الذَّرْعيّات.

والثّانيةُ مُلحَقةٌ بالأُولى، والرّابعةُ مُلحَقةٌ بالثّالِثة.

وكلُّ وجهٍ على ثَلاثة أوجُهٍ:

إما أن يُبيِّنَ جُملةَ الأغنامِ وجُملةَ القُفزانِ، ولم يُبيِّن جُملةَ الثَّمَنِ.

أو بيَّن جُملةَ الثَّمَنِ، ولم يُبيِّن عددَ الأغنامِ والقُفزانِ.

وفي هذين الوَجهَين يَجوزُ إجماعًا؛ لأن الْمَبيعَ لَمّا صار مَعلومًا بالتَّسمِية، وقد بيَّنّا ثَمَنَ كلِّ شاةٍ وكلِّ قَفيزٍ.. صار الثَّمَنُ مَعلومًا ضَرورةً، وكذا عكسُه.

وإن لم يُبيِّن جُملةَ الثَّمَنِ، ولا جُملةَ الأغنامِ والقُفزانِ.. فعندَه: لا يَجوزُ إلا أن يَعلَمَ[1] عدَدَ[2] الأغنامِ والقُفزانِ في الْمَجلِس، وعندَهما: يَجوزُ في الكلِّ؛ لأن الْمَبيعَ مَعلومٌ بالإشارة؛ إذ الكَلامُ فيما إذا أَشار إلى القَطيع ونحوِه، أو إلى الصُّبرة ونحوِها، وكذا ثَمَنُ كلِّ شاةٍ وكلِّ قَفيزٍ.

وطَريقُ مَعرِفةِ ثَمَنِ الكلِّ قائِمٌ من غَير أن يَتضرَّرَ به أحدُ العاقِدَين، وهو العدُّ والكيلُ، وقِيامُ طَريقِ الْمَعرِفةِ كقِيام حَقيقةِ الْمَعرِفةِ في حقِّ جَواز البيعِ، كما لو باع عبدًا

---

(١) في (ب): يبين.

(٢) في (هـ): جملة.

بوَزن هذا الحجَرِ ذهَبًا، أو بهذه الدَّراهِمِ، ولا يَعلَمُ وزنَها[1].

وله: أن كَلِمةَ (كلّ) إذا أُضِيفت إلى ما لا يُعلَمُ مُنتهاه فإنما تَتناوَلُ أَدناه، كقَوله: (لفُلانٍ عليَّ كلُّ دِرهَمٍ)، فإنه يَلزَمُه دِرهَمٌ.

وإنما خُولِف في قَوله: (كلُّ امرَأةٍ أَتزوَّجُها فهي طالِقٌ): لأن هذا فيما يَجري فيه النِّزاعُ لا فيما لا يَجري فيه النِّزاعُ.

ولأنه[2] تَعذَّر تَجويزُ البيعِ في الكلِّ لجَهالة الْمَبيعِ والثَّمَنِ؛ لأنه قَدَّر الثَّمَنَ بعَدَد الأغنامِ والقُفزانِ، وعدَدُهما غيرُ مَعلومٍ فيما[3] بينَ الكلِّ والأدنى؛ لعَدَم رُجحانِ البعضِ على البَعض، فيَنصرِفُ إلى الواحِد؛ لأنه مَعلومٌ، إلا أن تَزولَ الجَهالةُ بتَسمِية كلِّ الأغنامِ والقُفزانِ، أو بالعدِّ والكيلِ في الْمَجلِس.

غيرَ أن بيعَ شاةٍ من القَطيع، وذِراعٍ من الثَّوب: لا يَصِحُّ؛ للتَّفاوُت، فيُؤدِّي إلى النِّزاع، وبيعَ قَفيزٍ من صُبرةٍ، وجَوزةٍ من هذه الجَوْزاتِ: يَصِحُّ بثَمَنٍ مَعلومٍ؛ لعَدَم التَّفاوُتِ؛ لكَونهما من ذَوات الأمثالِ، فلا تُؤدِّي الجَهالةُ إلى النِّزاع[4].

حتى قال أبو حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في رِوايةٍ في صُبرتَي بُرٍّ وشَعيرٍ: إنه لا يَصِحُّ في شيءٍ؛ لأن الواحِدَ مُتفاوِتٌ مَجهولٌ، ومتى جاز البيعُ في قَفيزٍ واحِدٍ عندَه يُخيَّرُ الْمُشتَري؛ لتَفرُّق الصَّفْقةِ عليه.

ولا يُقالُ: يَنبَغي أن لا يُخيَّرَ؛ لعِلمه بانصِراف البيعِ إلى قَفيزٍ واحِدٍ على اعتِبار

---

(١) في (د): وزنهما.

(٢) في (ب): لأنه.

(٣) في سوى (ب) و(ج) و(و): وفيما.

(٤) في (أ): إلى الترجيح.

الجهلِ بعَدَد القُفزانِ: لأن انصِرافَ البيعِ إلى قَفيزٍ واحِدٍ مُجتهَدٌ فيه، ولا عِلمَ للعَوامِّ بالأَحكام، خُصوصًا في الْمَسائِل الاجتِهاديّةِ.

فإن عَلِم مَبلَغَ الجُملةِ بعدَ الافتِراقِ لَا يَنقلِبُ العقدُ جائِزًا في **الصَّحيح**؛ لأن الْمُفسِدَ قد تَقرَّر بالافتِراق عن الْمَجلِس قبلَ إزالتِه.

وإن عَلِم بذلك قبلَ أن يَتفرَّقا: جاز العقدُ استِحسانًا؛ لأن حالةَ الْمَجلِسِ جُعِلت كحالة العقدِ، ولكن يَتخيَّرُ الْمُشتَري؛ لأن الثَّمَنَ كان مَجهولَ القَدْرِ عندَه، وإنما انكَشَف الحالُ في مِقدار الواجِبِ عليه ثَمنًا في الحال، فيَتخيَّرُ لأَجْله، كما لو رَآه بعدَ البيعِ، ولم يكن رَآه وقتَ البيعِ، **ويُسمّى هذا خِيارَ تَكشُّفِ الحالِ**[1].

فإن نَقَص كيلٌ أَخَذ بحِصّته، أو فَسَخ، وإن زاد: فللبائِع.

ومن ابتاعَ صُبرةً على أنها مِائةُ قَفيزٍ بمِائة دِرهَمٍ، فوُجِدت أقَلَّ: فالْمُشتَري بالخِيار، إن شاء أَخَذ الْمَوجودَ بحِصّته، وإن شاء فَسَخ البيعَ؛ لتفرُّق الصَّفْقةِ عليه، فلم يَتِمَّ رِضا الْمُشتَري بالْمَوجود.

وإن وَجَدها أكثَرَ فالزِّيادةُ للبائِع؛ لأن البيعَ وَقَع على قَدْرٍ مُعيَّنٍ، فلا يَستحِقُّ الْمُشتَري الزِّيادةَ عليه، والقَدْرُ ليس بوصفٍ حتى يَتبَعَ الأصلَ.

ولو نَقَص ذِراعٌ: أَخَذ بكلِّ الثَّمَنِ أو تَرَك، وإن زاد: فللمُشتَري بلا خِيارٍ للبائِع.

وإن اشتَرى ثَوبًا على أنه عَشَرةُ أذرُعٍ بعَشَرة دَراهِمَ، أو أرضًا على أنها مِائةُ ذِراعٍ بمِائة دِرهَمٍ، فوَجَدها أقَلَّ: فالْمُشتَري بالخِيار، إن شاء أخَذها بجُملة الثَّمَنِ، وإن شاء تَرَك، وإن وَجَدها أكثَرَ من الذَّرْع[2] الذي سَمّاه: فهو للمُشتَري، ولا خِيارَ للبائِع.

(١) سقطت من (ب).

(٢) في (د): الذراع.

وأصلُه: أن الذَّرْعَ فيما يُذرَعُ يُشبِهُ الأوصافَ؛ إذ الاسمُ لا يَتغيَّرُ بزِيادة الذَّرْعِ ونُقصانِه، بل يَتغيَّرُ وصفُه، فيَصيرُ أطوَلَ وأقصَرَ[1]، والطُّولُ والقِصَرُ من الأَوصاف.

فإن زاد: سَلِم للمُشتَري؛ لأن الصِّفةَ تابِعةٌ، فتُستحَقُّ باستِحقاق الْمَتبوعِ، كما لو باع عبدًا على أنه مَعيبٌ، فإذا هو سَليمٌ.

وإن نَقَص فقد فات الوصفُ الْمَرغوبُ، فيَختَلُّ رِضاه، فيُخيَّرُ، كما لو استَحَقَّه سَليمًا، فوَجَده مَعيبًا.

ولا يُحَطُّ شيءٌ[2] من الثَّمَن؛ لأن الوصفَ لا يُقابِلُه شيءٌ من الثَّمَن، كما لو تَلِف طَرَفُ الْمَبيعِ يُخيَّرُ الْمُشتَري، ولا يَسقُطُ شيءٌ من الثَّمَن.

بخِلاف مَسألةِ الصُّبرةِ؛ لأن القَدْرَ يُقابِلُه شيءٌ من الثَّمَن؛ لأنه أصلٌ، وليس بوصفٍ.

والفاصِلُ بينَ القَدْرِ والصِّفةِ[3]: أنَّ ما[4] يَكونُ وُجودُه جِهةً في تَقوُّم غيرِه وعدَمُه جِهةً في نُقصان غيرِه: فهو وصفٌ، والأصلَ ما لا يَكونُ كذلك.

ثم إذا انتَقَص قَفيزٌ من مِائة قَفيزٍ لا يَتعيَّبُ الباقِي، ويَشتَري الباقِي بالثَّمَن الذي كان يَخُصُّه مع القَفيزِ الواحِدِ.

واليدُ أو العَينُ إذا فاتت تَنتقِصُ قِيمةُ النَّفْسِ[5].

---

(١) في (ب) و(هـ): أو أقصر.

(٢) في (ج) و(هـ) و(و): شيئًا.

(٣) في (ب): والوصف.

(٤) في (أ): إنما.

(٥) في (هـ): العين.

وكذا الذِّراعُ[1] الواحِدُ من الثَّوب[2] أو الدّارِ إذا فات لا يَشتَري الباقِيَ بالثَّمَن الذي كان يَشتَري معه، فإن العَتّابيَّ[3] إذا كان خَمسةَ عشَرَ ذِراعًا، ويُشتَرى بخَمسةَ عشَرَ دِينارًا.. فإذا انتَقَص خَمسةُ أذرُعٍ منه لا يَشتَري الباقِيَ بعَشَرة دَنانيرَ.

ولو قال: (كلَّ ذِراعٍ بكذا)، ونَقَص: أَخَذ بحِصّته أو تَرَك، وإن زاد: أَخَذ كلَّه كلَّ ذِراعٍ بكذا، أو فَسَخ.

ولو قال: (بِعتُكَه على أنه مِائةُ ذِراعٍ بمِائة دِرهَمٍ، كلُّ ذِراعٍ بدِرهَمٍ)، فوَجَده ناقِصًا: فالْمُشتَري بالخِيار، إن شاء أخَذه بحِصّته من الثَّمَن، وإن شاء تَرَك؛ لأن الذَّرْعَ وصفٌ من وجهٍ -لِما مَرّ- وأصلٌ من وجهٍ؛ لأنه عَينٌ يُنتفَعُ به بانفِراده، فعَمِلنا بالشَّبهَين في الحالَين[4]، فقُلنا: إذا قابَل كلَّ ذِراعٍ بدِرهَمٍ كان أصلًا؛ لأن مُقابَلةَ[5] الثَّمَنِ من خَواصِّ كونِه أصلًا؛ إذ الثَّمَنُ لا يُقابِلُ الأوصافَ، ونَزَل كلُّ ذِراعٍ مَنزِلةَ ثَوبٍ، ولو قُلنا بأنه يَأخُذُ بكلِّ الثَّمَنِ إذا وَجَده ناقِصًا لم يكن آخِذًا كلَّ ذِراعٍ بدِرهَمٍ، وقد نَصّا على أن يَكونَ كلُّ ذِراعٍ بدِرهَمٍ، وإذا لم يُقابِل كلَّ ذِراعٍ بدِرهَمٍ اعتُبِر وصفًا، فلا يُقابِلُه شيءٌ من الثَّمَن.

وإنما يُخيَّرُ: لأنه إن[6] قَلَّ الثَّمَنُ فقد انتَقَص الْمَبيعُ، فكان نفعًا يَشوبُه ضرَرٌ، وإن وَجَده زائِدًا فله الخِيارُ، إن شاء أَخَذ الكلَّ كلَّ ذِراعٍ بدِرهَمٍ، وإن شاء فَسَخ البيعَ؛ لأنه نفعٌ يَشوبُه ضرَرٌ؛ لأنه إن زاد الْمَبيعُ يَلزَمُه زِيادةُ الثَّمَنِ، فيُخيَّرُ.

(١) في سوى (ج) و(هـ): الذرع.

(٢) في (ب): الثوبين. وانظر «العناية» ٦/ ٢٧٣.

(٣) نوع من الثياب.

(٤) في (ب): الجانبين.

(٥) في (ب): ما يقابله.

(٦) في (ب): وإن.

فإن قِيل: الذَّرعُ لو كان أصلًا بتقدير الإفرادِ بذِكر الثَّمنِ يَجِبُ أن لا تَدخُلَ الزِّيادةُ في العَقد، كما في مَسألة الصُّبرةِ.

قُلنا: الزِّيادةُ[1] لو لم تَدخُل في العَقد يَفسُدُ العقدُ؛ لأنه يَصيرُ بائِعًا بعضَ الثَّوبِ، وإنه لا يَجوزُ، بخِلاف الصُّبرةِ؛ لأن الزِّيادةَ ثَمَّ لو لم تَدخُل في العَقد لا يَفسُدُ العقدُ.

وعِدْلًا[2] على أنه عَشَرةُ أثوابٍ، فنَقَص أو زاد: فَسَد.

ولو باع عِدلًا على أنه عَشَرةُ أثوابٍ، فنَقَص ثَوبٌ، أو زاد ثَوبٌ: فَسَد البيعُ.

أما في فَصل النُّقصانِ: فلجَهالة الثَّمَنِ؛ لأنه يَحُطُّ ثَمَنُ ثَوبٍ واحِدٍ، وثَمَنُ ثَوبٍ واحِدٍ مَجهولٌ؛ لأنه إذا لم يُسَمِّ لكلِّ ثَوبٍ ثَمَنًا فالثَّمَنُ إنما يَنقسِمُ على الثِّياب باعتِبار القِيمةِ، ولا تُدرى قِيمةُ الفائِت[3] بيقينٍ؛ إذ لا يُدرى أنه كان جيِّدًا أو وسَطًا أو رَديئًا حتى يُطرَحَ عن الْمُشتَري قِيمتُه.

فإذا صارت حِصّةُ الفائِت مَجهولةً صار ثَمَنُ الباقِي مَجهولًا ضَرورةً؛ وهذا لأنه لو صَوَّرنا الفائِتَ جيِّدًا تَنتقِصُ حِصّةُ الباقِي، ولو صَوَّرناه رَديئًا تَزيدُ حِصّةُ الباقِي، فوَضَح أن ثَمَنَ التِّسعةِ مَجهولٌ، وجَهالةُ الثَّمَنِ تُوجِبُ فسادَ البيعِ.

وأما في فَصل الزِّيادةِ: فلجَهالة الْمَبيعِ؛ لأن الْمَبيعَ عشَرةٌ من أحدَ عشَرَ؛ إذ الزّائدُ على العَشَرة لم يَدخُل تحتَ البيعِ، وبيعُ عشَرةٍ من أحدَ عشَرَ فاسِدٌ؛ للجَهالة الْمُفضِيةِ

---

(١) في (ب): الزيادة هنا.

(٢) عدل الشيء بالكسر: مثله من جنسه أو مقداره، قال ابن فارس: والعدل الذي يعادل في الوزن والقدر. «المصباح» ٢/ ٣٩٦. وقال في «رد المحتار» ٤/ ٥٤٥: وهذا شامل للوعاء وما فيه من الثياب ونحوها، والمراد به هنا الثياب.

(٣) كذا في (ب) و(هـ)، وفي (ج): الغائب، وفي باقي النسخ غير منقوطة. وكذا في المواضع الآتية.

إلى النِّزاع؛ وهذا لأنه يَجِبُ ردُّ الزّائدِ على البائِع، ولا يُدرى أيُّ ثَوبٍ يُرَدُّ على البائِع الجيِّدُ أم الرَّديءُ، فالبائِعُ يُطالِبُه بالجيِّد، والْمُشتَري يَرُدُّ الرَّديءَ، وجَهالةُ الْمَبيعِ تُوجِبُ فَسادَ البيعِ.

ولو بَيَّن لكلٍّ ثَمَنًا، ونَقَص: صحَّ بقَدْره، وخُيِّر، وإن زاد: فَسَد، كعَشَرة(س م) أذرُعٍ من دارٍ، لا أسهُمٍ.

ولو بَيَّن لكلِّ ثَوبٍ ثَمَنًا، بأن قال: (كلُّ ثَوبٍ بعَشَرةٍ).. فإن نَقَص: صَحَّ بقَدْره؛ لأن الْمَبيعَ مَعلومٌ؛ فإنه[1] مُشارٌ إليه، والثَّمَنُ مَعلومٌ أيضًا؛ لأنه متى سَمّى لكلِّ ثَوبٍ عشَرةً كانت حِصّةُ الفائِت مَعلومةً، وهي العشَرةُ، فتكونُ حِصّةُ الباقِي مَعلومةً.

بخِلاف ما إذا لم يُسَمِّ ثَمَنًا؛ لأن حِصّةَ الفائِت لا تُعلَمُ أنه[2] عشَرةٌ أم تِسعةٌ أم أحدَ عشَرَ، فجَهالتُه تُؤثِّرُ في جَهالة الباقِي.

وله الخِيارُ، إن شاء أخَذ كلَّ ثَوبٍ بما سَمّى، وإن شاء تَرَك؛ لأنه ربما يَكونُ الباقِي رَديئًا، والفائِتُ جيِّدًا، والْمُشتَري إنما رَغِب في الرَّديء لِمَكان الجيِّد، فيَتضرَّرُ بتَفريق الصَّفْقةِ قبلَ التَّمامِ، فيُخيَّرُ؛ دفعًا للضَّرَر عنه.

وإن زاد فَسَد؛ لأن العقدَ تَناوَل العشَرةَ، فعليه ردُّ الثَّوبِ الزّائِدِ، وهو مَجهولٌ، وبجَهالته يَصيرُ الْمَبيعُ مَجهولًا.

وأكثَرُ مَشايِخِنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ على أن الجَوازَ في فَصل النُّقصانِ قولُهما، أما عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: فالعقدُ فاسِدٌ؛ لأن العقدَ فَسَد في البَعض بمُفسِدٍ مُقارِنٍ، وهو عدَمُ الْمَعقودِ عليه؛ إذ لا سببَ للفَساد أقوى من عَدَم الْمَعقودِ عليه.

---

(١) في (ب): كأنه.

(٢) في (ب): أنها.

والعقدُ متى فَسَد بمُفسِدٍ مُقارِنٍ للعَقد يَفسُدُ عندَه في الباقِي، كما لو جَمَع بينَ حُرٍّ وعبدٍ، أو اشتَرى ثَوبَين على أنهما هَرَويّان، وبُيِّن ثَمَنُ كلِّ واحِدٍ منهما، فوَجَد أحَدَهما مَرْوِيًّا[1]: فإن العقدَ يَفسُدُ عندَه فيهما، والعقدُ متى فَسَد في الكلِّ إذا وَجَد أحَدُهما خِلافَ جِنسِ ما سَمّى.. فلأَن يَفسُدَ هنا[2] ولم يَجِد أحَدَ ما سَمّى أصلًا أَولى.

قال شمسُ الأئِمّةِ السَّرَخْسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **الأَصَحُّ** أن هذا قولُهم؛ لأنه إنما أفسَد[3] العقدَ في الكلِّ ثَمَّ: لوُجود العِلّةِ الْمُفسِدةِ، وهي أنه جَعَل قَبولَ العقدِ فيما يَفسُدُ فيه العقدُ شرطًا لقَبوله في الآخَر، ولم يُوجَد هنا؛ لأنه ما جَعَل قَبولَ العقدِ في الْمَعدوم شرطًا لقَبوله في الْمَوجود، ولا قَصَد إيرادَ العقدِ على الْمَعدوم، وإنما قَصَد إيرادَه على الْمَوجود فقط، ولكنه غَلِط في العَدَد[4].

بخِلاف مَسألةِ الهَرَويَّين؛ لأنه جَعَل ثَمَّ قَبولَ العقدِ في كلِّ واحِدٍ من الثَّوبَين شرطًا لقَبوله في الآخَر، وهو شرطٌ فاسِدٌ.

وكذا في مَسألة الحُرِّ؛ لأنه شخصٌ مَوجودٌ تَتحقَّقُ[5] الإضافةُ إليه والقَبولُ فيه، فيَصيرُ ذلك شرطًا فاسِدًا، ولا كذلك هنا؛ إذ لا قَبولَ يُشترَطُ في الْمَعدوم.

ولو باع عشَرةَ أذرُعٍ من مِائة ذِراعٍ من دار أو حمّامٍ: فَسَد البيعُ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، خِلافًا لهما، ولو باع عشَرةَ أسهُمٍ من مِائة سهمٍ من الدّار صَحَّ إجماعًا.

لهما: أن عشَرةَ أذرُعٍ من مِائة ذِراعٍ من الدّار عُشْرُها، كعَشَرة أسهُمٍ من مِائة سهمٍ،

---

(١) في (هـ): هرويًّا.

(٢) في (ب): هذا.

(٣) في (هـ): فسد.

(٤) في (هـ): القدر.

(٥) في (هـ): بتحقيق.

وبيعُ عُشرِ الدّارِ جائزٌ اتّفاقًا.

وله: أن الْمَبيعَ مَجهولٌ جَهالةً تُفضِي إلى النِّزاع، فيَفسُدُ العقدُ؛ وهذا لأن الذِّراعَ حَقيقةً اسمٌ لخشَبةٍ يُذرَعُ بها الْمَمسوحُ، واستُعِير لِما يَحُلُّه، وما يَحُلُّه عَينٌ[1]؛ إذ الخشَبةُ تَحُلُّ المعَيَّنَ[2] لا الشّائعَ، فكان الدّاخلُ تحتَ العقدِ مَوضِعًا مُعيَّنًا، ولم يُبيِّن ذلك الْمَوضِعَ أنه من مُقدَّم الدّارِ أو من مُؤخَّرها، وجَوانِبُها تَتفاوَتُ قِيمةً، فكان الْمَعقودُ عليه مَجهولًا جَهالةً مُفضِيةً إلى النِّزاع، فيَفسُدُ، كبَيع بيتٍ من بُيوت الدّارِ، بخِلاف السَّهمِ؛ لأنه اسمٌ[3] لجُزءٍ شائِعٍ لا لِمَوضِعٍ مُعيَّنٍ، وبيعُ الشّائعِ جائزٌ.

بخِلاف بيعِ قَفيزٍ من الصُّبرة؛ حيث يَجوزُ وإن كان القَفيزُ اسمًا للوِعاء، واستُعِير لِما يَحويه، وهو مُعيَّنٌ؛ لأن ذا لا[4] يُفضِي إلى النِّزاع؛ لعَدَم التَّفاوُتِ، بخِلاف ما نحن فيه.

ومما يُوضِّحُ الفرقَ بينَ السَّهمِ والذِّراعِ: أن ذِراعًا من مِائة ذِراعٍ وذِراعًا من عَشَرة أذرُعٍ سَواءٌ، وسهمًا[5] من عَشَرة أسهُمٍ لا يُوازِيه سهمٌ من مِائة سهمٍ.

وذَكَر الخَصّافُ رَحِمَهُ اللَّهُ: أن فَسادَ البيعِ عندَه لجَهالة جُملةِ الذُّرعانِ، حتى لو عَلِم جُملةَ الذُّرعانِ يَجوزُ عندَه، وجَعَل الْمَسألةَ نَظيرَ بيعِ كلِّ شاةٍ من القَطيع بعَشَرةٍ.

وذَكَر أبو زيدٍ الشُّروطيُّ وغيرُه رَحِمَهُمُ اللَّهُ: أنه فاسِدٌ عندَه، وإن عَلِم ذُرعانَ الجُملةِ، وهو **الصَّحيحُ**؛ لبَقاء الجَهالةِ، فالْمُشتَري يُطالِبُه من مُقدَّم الدّارِ، والبائِعُ يُسلِّمُ من مُؤخَّرها، فيُؤدِّي إلى النِّزاع.

---

(١) في (هـ): غيره.

(٢) في (د): العين.

(٣) في (ب): أسهم.

(٤) سقطت من (و).

(٥) في (ب): وسهم.

وثوبًا على أنه عَشَرةُ أذرُعٍ، كلُّ ذِراعٍ بكذا: أَخَذ بعَشَرةٍ(س م) في عَشَرةٍ ونصفٍ، وبتِسعةٍ(س م) في تِسعةٍ ونِصفٍ.

ولو باع ثَوبًا على أنه عَشَرةُ أذرُعٍ، كلُّ ذِراعٍ بدِرهَمٍ، فوَجَده عَشَرةً ونِصفًا، أو تِسعةً ونِصفًا.. فعندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن وَجَده عَشَرةً ونِصفًا أَخَذه بعَشَرةٍ، وسَلِم له نِصفُ ذِراعٍ مَجّانًا بلا خِيارٍ، وإن وَجَده تِسعةً ونِصفًا أَخَذه بتِسعةٍ إن شاء.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن وَجَده عَشَرةً ونِصفًا أَخَذه بأحدَ عشَرَ إن شاء، وإن وَجَده تِسعةً ونِصفًا أَخَذه بعَشَرةٍ إن شاء.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن وَجَده عَشَرةً ونِصفًا أَخَذه بعَشَرةٍ ونِصفٍ إن شاء، وإن وَجَده تِسعةً ونِصفًا أَخَذه بتِسعةٍ ونِصفٍ إن شاء.

فالخِيارُ فيما قُلنا للُزوم زِيادةِ الثَّمَنِ، أو لنُقصان الْمَبيعِ.

لمحمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن من ضَرورة مُقابَلةِ كلِّ دِرهَمٍ بكلِّ ذِراعٍ مُقابَلةَ نِصفِ دِرهَمٍ بنِصف ذِراعٍ.

ولأبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لما قابَل كلَّ ذِراعٍ بدِرهَمٍ صار كلُّ ذِراعٍ كثَوبٍ على حِدَةٍ بِيعَ على أنه ذِراعٌ بدِرهَمٍ، فإذا وَجَده ناقِصًا لا يَسقُطُ شيءٌ من الثَّمَن، ولكن يُخيَّرُ، كذا هنا.

والصَّحيحُ قولُ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن الذِّراعَ وما دونَها(١) في حُكم الصِّفةِ؛ لِما مَرّ، وإنما صارت(٢) أصلًا قَضِيةً(٣) لِمُقابَلة الثَّمَنِ، والْمُقابَلةُ مُقيَّدةٌ بالذِّراع، فبَقِي ما

(١) في (ب): دونه.

(٢) في (ب): صار.

(٣) في (و): قصدًا.

وَراءَها على قَضِيّة الصِّفةِ، وصارت زِيادةُ نِصفِ ذِراعٍ كزِيادة صِفةِ[1] الجَودةِ، فيَسلَمُ له بلا شيءٍ، وصار نُقصانُ نِصفِ ذِراعٍ كتِسعة أذرُعٍ، فيُخيَّرُ.

وقِيل: هذا في العَمائِم ونحوِها، أما إذا اشتَرى كِرباسًا لا تَتفاوَتُ جَوانِبُهُ كالبَطائِن، على أنه عَشَرةُ أذرُعٍ بعَشَرة دَراهِمَ، فإذا هو أحدَ عشَرَ: لا تَسلَمُ له الزِّيادةُ؛ لأنه لا يَتعيَّبُ بالتَّبعيض، فصار كالْمَكيل والْمَوزونِ.

وعلى هذا: إذا باع ذِراعًا من هذا الكِرباسِ، ولم يُبيِّن مَوضِعَه: يَجوزُ، كما لو باع قَفيزًا من الصُّبرة.

(١) في (هـ): نصف.

فصل

[فيما يدخل تحت البيع بلا ذكر وفيما لا يدخل وغيرهما]

ودارًا[1]: دَخل البِناءُ والْمَفاتيحُ.

ومن باع دارًا دَخل بِناؤُها ومَفاتيحُ أغلاقِها في البَيع.

والأصلُ: أن العَرْصةَ أصلٌ في الدّار؛ لأن قَرارَ البِناءِ عليها، وإنما دَخل البِناءُ وما كان مُتَّصِلًا بالبِناء في بَيع الدّارِ بطَريق التَّبَعيّةِ؛ لاتِّصال البِناءِ بالعَرْصة اتِّصالَ قَرارٍ.

وما لا يَكونُ مُتَّصِلًا بالبِناء لا يَدخُلُ في بَيع الدّارِ بلا ذِكرٍ، إلا إذا كان شيئًا جَرى العُرفُ بينَ النّاسِ أن البائعَ يُسامِحُ به ولا يَضِنُّ، فحينَئِذٍ يَدخُلُ بلا ذِكرٍ.

ولهذا قُلنا: إن الغَلَقَ يَدخُلُ في البَيع بلا ذِكرٍ؛ لكَونه مُتَّصِلًا بالبِناء.

والْمِفتاحُ لا يَدخُلُ قِياسًا؛ لأنه غيرُ مُتَّصِلٍ بالبِناء، فصار كثَوبٍ مَوضوعٍ في الدّار، وفي الاستِحسان: يَدخُلُ؛ للعُرف؛ إذ البائعُ لا يَمنَعُه عن الْمُشتَري، بل يُسلِّمُه مع الدّارِ عُرفًا.

والقُفلُ ومِفتاحُه لا يَدخُلان.

والسُّلَّمُ الْمُتَّصِلُ بالبِناء يَدخُلُ، ولو من خشَبٍ، وغيرُ الْمُتَّصِلِ لا يَدخُلُ.

والسَّريرُ كالسُّلَّم.

---

(١) أي إن باع دارًا..

وقولُه في «الهِداية»: (الدّارُ تَتناوَلُ العَرْصةَ والبِناءَ في العُرف) مُشكِلٌ، إذ لو كان كذلك لَمَا حَنِث فيما إذا حَلَف لا يَدخُلُ هذه الدّارَ، ودَخَلها بعدَما صارت صَحراءَ، وحيث حَنِث[1] دَلَّ أنها لا تَتناوَلُ البِناءَ عُرفًا.

ويُجابُ: بأن البِناءَ بمَنزِلة الصِّفةِ، وهي في الْمُعيَّن لغوٌ إذا لم تكن داعِيةً إلى اليَمين، فإن كانت داعِيةً إلى اليَمين تُعتبَرُ؛ ألا تَرى أن من حَلَف لا يَأكُلُ هذا الرُّطَبَ، فأكَله بعدَما صار تمرًا: لا يَحنَثُ، وقد اعتُبِرت الصِّفةُ[2] في الْمُعيَّن: لأن صِفةَ الرُّطوبةِ داعِيةٌ إلى اليَمين، فقد يَضُرُّ المرءَ أكلُ الرُّطَبِ دونَ التَّمرِ، فتَعلَّقت اليَمينُ بالعَين والصِّفةِ.

ولو حَلَف لا يُكلِّمُ هذا الصَّبيَّ لم يَتقيَّد بزَمان صِباه؛ لأن صِفةَ الصِّبا غيرُ[3] داعِيةٍ إلى اليَمين؛ لأن هِجرانَ الصَّبيِّ مَهجورٌ شرعًا، فتَعلَّقت اليَمينُ بالذّات دونَ الصِّفةِ.

وصِفةُ البِناءِ غيرُ داعِيةٍ إلى الْمَنع من الدُّخول فيها باليَمين، فتَعلَّقت اليَمينُ بالاسم، وهو باقٍ بعدَ الانهدامِ، فيَحنَثُ بعدَه، وصِفةُ البِناءِ[4] داعِيةٌ إلى الشِّراء؛ لأن الدّارَ إنما تُشتَرى للسُّكنى، ولا سُكنى بلا بِناءٍ، فيَدخُلُ البِناءُ في الشِّراء عُرفًا.

وأرضًا وشَجَرًا: دَخَل الشَّجَرُ، لا الزَّرعُ والثَّمرُ، وإن ذَكَر الحُقوقَ[5] والْمَرافِقَ[6].

---

(١) في (ج) و(هـ): وحنث حيث.

(٢) في (هـ): هذه الصفة.

(٣) سقطت من (ب).

(٤) في (ب): الانهدام.

(٥) حقوق الملك: كالشُّرب والطريق ونحو ذلك. «النهاية» ٢/ ٦٣.

(٦) الْمَرْفِق: ما ارتفقت به، بفتح الميم وكسر الفاء، كمسجد، وبالعكس لغتان. «المصباح» ١/ ٢٣٣. ومرافق الدار: المتوضأ والمطبخ ونحو ذلك، والواحد مِرفَق بكسر الميم وفتح الفاء لا غير. «المغرب» ص١٩٤. وفي «الصحاح»: ومرافق الدار: مصابّ الماء ونحوه. «الأنيس» ص٧٩.

ومن باع أرضًا دَخَل ما فيها من الشَّجَر وإن لم يُسَمِّه؛ لاتِّصاله بالأرض للقَرار، كالبِناء.

ولا يَدخُلُ الزَّرعُ في بَيع الأرضِ إلا بالتَّسمِية؛ لأن الزَّرعَ مُودَعٌ في الأَرض لا للقَرار، واتِّصالُه بعَرَض الفصلِ، فصار كالْمَتاع الذي فيها، بخِلاف الحَمْلِ؛ فإنه جُزءُ الجارِيةِ، فيَدخُلُ، وإن كان بعَرَض الفصلِ.

وكذا الثَّمَرُ لا يَدخُلُ في بَيع الشَّجَرِ إلا أن يَشترِطَ الْمُبتاعُ؛ لقَوله عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلَامُ: «من اشتَرى[1] أرضًا فيها نخْلٌ فثَمَرتُه للبائِع، إلا أن يَشترِطَ الْمُبتاعُ»[2].

والقِياسُ: أن يَدخُلَ الزَّرعُ والثَّمَرُ؛ لأن الزَّرعَ مُتَّصِلٌ بالأَرض اتِّصالَ قِوامٍ، وكذا الثَّمَرُ مُتَّصِلٌ بالشَّجَر اتِّصالَ قِوامٍ، فكانا كالشَّجَر مع الأرضِ، ولا يَدخُلَان استِحسانًا: لأن لقَطعهما غايةً مَعلومةً، فصارا في الحُكم كالْمَقطوع[3]، بخِلاف الشَّجَرِ والبِناءِ؛ لأنه ليس لهما غايةٌ مَعلومةٌ للقَطع والقلعِ.

حتى قال بعضُ مَشايِخِنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ: لا تَدخُلُ قَوائِمُ الخِلافِ[4] في بَيع الأرضِ؛ لِما ذَكَرنا، وقِيل: تَدخُلُ؛ لأن نِهايتَها[5] تَتفاوَتُ بتَفاوُت الأراضِي، فصارت كالأَشجار

---

(١) في (هـ): ابتاع.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ٥: غريب بهذا اللفظ، وأخرج الأئمة الستة في كتبهم عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «من باع عبدًا وله مال فماله للبائع، إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع نخلًا مؤبرًا فالثمرة للبائع، إلا أن يشترط المبتاع».

وفي لفظ للبخاري (٢٣٧٩): «من ابتاع نخلًا بعدما يؤبر فثمرتها للذي باعها، إلا أن يشترط المبتاع»، وأخرجه البخاري (٢٧١٦) ومسلم (١٥٤٣) عن نافع عن ابن عمر بقصة النخل فقط.

(٣) في (ب): كالحكم في المقطوع.

(٤) هي شجر الصفصاف. «المصباح» ١/ ١٧٨. وسمي بذلك: لأن الماء أتى به سبيًا، فنبت مخالفًا لأصله. «النهر» ٣/ ٤٢١.

(٥) في (ب): لأن بها.

الْمُثمِرةِ، ويُقالُ للبائِع: اقطَعها، وسَلِّم الْمَبيعَ.

وكذا إذا كان فيها زرعٌ يُؤمَرُ بالحَصاد والتَّسليمِ.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُترَكُ حتى يَظهَرَ صَلاحُ الثَّمَرِ ويَستحصِدَ الزَّرعُ؛ لأن الواجِبَ التَّسليمُ الْمُعتادُ، وما جَرت العادةُ بحَصاد الزَّرعِ قبلَ استِحصادِها[1]، وبقِطاف الثِّمارِ قبلَ بُدُوِّ صَلاحِها، وصار[2] كما لو مَضت مُدّةُ الإجارةِ وفي الأَرض زرعٌ.

ولنا: أن التَّسليمَ واجِبٌ، ولا يَتمكَّنُ من التَّسليم إلا بالتَّفريغ، ولا تَفريغَ إلا بالحَصاد والقِطافِ[3]، فيَلزَمانه، وصار[4] كما لو كان في الأَرض مَتاعُ البائِع، وثَمَّ التَّسليمُ واجِبٌ، حتى يُترَكُ بأجرٍ[5]، وتَسليمُ البدَلِ كتَسليم الْمُبدَلِ، وسَواءٌ كان الثَّمَرُ[6] بحالٍ له قِيمةٌ أو لم يكن في الصَّحيح، ويَكونُ في الحالَين للبائِع.

وقِيل: من[7] اشتَرى شَجَرًا وعليه ثَمَرٌ لا قِيمةَ له فهو للمُشتَري؛ لأن بائِعَه لو قَصد بيعَه على الانفِراد لا يَجوزُ.

قُلنا[8]: بيعُه على الانفِراد يَصِحُّ في الصَّحيح، فلا يَدخُلُ في بَيع الشَّجَرِ بلا ذِكرٍ.

وذَكَر القُدُوريُّ والإسبِيجابيُّ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: أن الزَّرعَ إنما لا يَدخُلُ في بَيع الأرضِ بلا

---

(١) في (ب) و(هـ): استحصاده.

(٢) في (هـ): فصار.

(٣) في (ب): والدياس.

(٤) في (هـ): فصار.

(٥) في (ب): بأصل.

(٦) في (ب) و(هـ): الثمن.

(٧) في (ب): (ومن) بدل (وقيل من).

(٨) في (ب): فأما.

ذِكرٍ إذا لم يَنبُت بعدُ، أو نبَت وصار له قِيمةٌ، أما إذا نبَت ولم يَصِر له قِيمةٌ بعدُ يَدخُل، وقِيل: لا يَدخُلُ[1] هنا أيضًا.

وهذا الاختِلافُ بِناءً على جَواز بيعِه قبلَ أن تَنالَه الْمَناجِلُ والْمَشافِرُ، فعندَ من يُجوِّزُ بيعَه لا يَدخُلُ، وعندَ من لا يُجوِّزُ يَدخُلُ.

وإن ذَكَر في البَيع الحُقوقَ والْمَرافِقَ[2] لا يَدخُلُ الزَّرعُ والثَّمرُ؛ لأنهما ليسا من الحُقوق والْمَرافِقِ.

وإن قال: (بِعتُ بكلِّ قَليلٍ وكَثيرٍ[3] هو[4] منها) أو (فيها).. إن قال في إِثرِها[5]: (مِن حُقوقها)، أو قال: (من مَرافِقها): فالثَّمَنُ والزَّرعُ لم يَدخُلا؛ لِما بَيَّنّا، وإن لم يَقُل في آخِرِها[6]: (من حُقوقها) أو (من مَرافِقها): دَخَلا في البَيع؛ لأنهما من القَليل والكَثيرِ الذي هو فيها أو منها؛ للاتِّصال في الحال.

ولا يَدخُلُ الثَّمَرُ الْمَجدودُ[7] والزَّرعُ الْمَحصودُ إلا بالذِّكر؛ لأنهما كالْمَتاع الْمُودَعِ في الأَرض.

وأرضًا ونخلًا فيها لآخَرَ بإذنه، وقِيمتُهما سَواءٌ: فالثَّمَنُ لهما، فإن هَلَك قبلَ القبضِ: فكلُّ الثَّمَنِ لربِّ الأرضِ، وإن هَلَك نِصفُه: فلربِّه رُبُعُ الثَّمَنِ.

(١) في (هـ): ولم تصر له قيمة بعد لا يدخل وقيل يدخل.

(٢) في (أ) و(و): أو المرافق.

(٣) في (ب) و(هـ): أو كثير.

(٤) في (و): هما.

(٥) في (ب): إثره.

(٦) في (ب): إثرها.

(٧) في (أ) و(ب): المجذود.

رَجُلٌ له أرضٌ بيضاءُ، ولآخرَ فيها نخلٌ، فباعهما ربُّ الأرضِ بإذن الآخرِ بألفٍ، وقِيمةُ كلِّ واحِدةٍ منهما خمسُمِائةٍ: فالثَّمَنُ بينَهما نِصفان؛ لاستِوائهما قِيمةً.

فإن هَلَك النَّخلُ قبلَ القبضِ بآفةٍ سَماويّةٍ: خُيِّر الْمُشتَري بينَ التَّركِ وأخذِ الأرضِ بكلِّ الثَّمَنِ؛ لأن الْمُشتريَ مَلَك النَّخلَ وصفًا وتَبَعًا[1]؛ إذ الإيجابُ في حقِّه واحِدٌ، ودُخولُ النَّخلِ في هذا الإيجابِ بتَسمِية الأرضِ، فكانت كالوَصف في حقِّه، والثَّمَنُ بمُقابَلة الأصلِ لا الوصفِ، فلهذا لا يَسقُطُ شيءٌ من الثَّمَن.

والثَّمَنُ كلُّه لربِّ الأرضِ؛ لانتِقاض البيعِ في حقِّ النَّخلِ، ولم يَسلَم للمُشتَري إلا الأرضُ، والثَّمَنُ بمُقابَلة ما سَلِم للمُشتَري دونَ ما فات.

وإن هَلَك نِصفُ النَّخلِ: فلربِّ النَّخلِ رُبُعُه، وثَلاثةُ أرباعِ الثَّمَنِ لربِّ الأرضِ؛ لأنه لو هَلَك كلُّه لا شيءَ له[2] من الثَّمَن، ولو بَقِي كلُّه له نِصفُ الثَّمَنِ، فإذا هَلَك النِّصفُ، وبَقِي النِّصفُ: سَقَط نِصفُ الثَّمَنِ، وبَقِي النِّصفُ.

وإن أثمَر، وقِيمتُه كالنَّخل: فثُلُثا(س) الثَّمَنِ لربِّه، فإن سَمّى له ثَمَنًا: سَقَط بهلاكه نِصفُ الثَّمَنِ، ولم يَزِد بالإثمار.

ولو أثمَر النَّخلُ ما يُساوِي خمسَمِائةٍ: فثُلُثا الثَّمَنِ[3] لربِّ النَّخلِ، وثُلُثُه لربِّ الأرضِ.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: نِصفُه لربِّ الأرضِ؛ لأن الثَّمَرَ تَبَعُ الأرضِ عندَهما، كالنَّخل؛ إذ النَّخلُ تبَعٌ، ولا تَبَعَ للتَّبَع، فيُقسَمُ الثَّمَنُ على الكلِّ أثلاثًا.

---

(١) في (هـ): بيعًا.

(٢) في (ب): للمشتري.

(٣) في (هـ): النخل.

وعندَه: الثَّمرُ[1] تبعٌ للنَّخل، فيُقسَمُ الثَّمنُ أوّلًا على الأرض والنَّخلِ نِصفَين؛ لاستِواء قِيمتِهما[2]، فما أصاب النَّخلَ يُقسَمُ بينَها[3] وبينَ الثَّمرِ نِصفَين.

فإن أكَل البائعُ الثَّمرَ: سَقَط ثُلُثُ[4] الثَّمنِ عندهما، وعندَه: رُبُعُه؛ لِما بيَّنَّا.

فإن باع الأرضَ[5] والنَّخلَ، وسَمّى لكلِّ واحِدةٍ ثَمنًا، والأرضُ والنَّخلُ لواحِدٍ أو لرَجُلَين، ثم هَلَك النَّخلُ: سَقَط نِصفُ الثَّمَنِ؛ لأن النَّخلَ أصلٌ من وجهٍ؛ لبقاء الماليّةِ والانتِفاعِ بعدَ القلعِ، ووصفٌ من وجهٍ؛ لِقيامها بالأرض.

فإذا لم يُسَمِّ لها ثَمنًا تكونُ تبَعًا، حتى لا يَسقُطُ شيءٌ من الثَّمَن بمُقابَلته، وإذا سَمّى لها ثَمنًا صارت أصلًا، فإذا هَلَكت هَلَكت بحِصّتها من الثَّمَن.

ولم يُزَد بالإثمار، أي لو لم تَهلِك النَّخلُ، ولكنها أثمرت قبلَ القبضِ ثَمرًا يُساوِي خمسَمِائةٍ: فالأرضُ بخَمسمِائةٍ، والنَّخلُ والثَّمرُ بخمسمِائةٍ.. عندَهم؛ لأن الثَّمَرَ هنا زِيادةٌ في النَّخل لا في الأَرض عندَهم[6]؛ لأن النَّخلَ صار أصلًا بالتَّسمِية، فصار كأنه اشتَرى أمتَين بألفٍ، وقِيمةُ كلِّ واحِدةٍ خمسُمِائةٍ، فوَلَدت إحداهما قبلَ القبضِ ولَدًا قِيمتُه خمسُمِائةٍ: يَكونُ خمسُمِائةٍ من الثَّمَن بإزاء أمةٍ لم تَلِد، وخمسُمِائةٍ بإزاء الوالِدةِ وولَدِها، كذا هنا.

---

(١) في (ب) و(هـ): الثمن.

(٢) في (ب): بينهما.

(٣) في سوى (أ) و(ب) و(هـ): بينهما.

(٤) في (ب): ثلثا.

(٥) في (ب): الثمر.

(٦) مثبتة من (هـ).

وثَمَرةً بَدا[1] صَلاحُها[2] أوْ لا: صحّ، وتُقطَعُ في الحال(ف)، وبشَرط التَّركِ(م) لا، كبَيع الكلِّ بظُهور(و ك) البعضِ.

ومن باع ثَمَرةً بَدا صَلاحُها أو لم يَبدُ: صَحَّ البيعُ.

اعلَم أن بيعَ الثِّمارِ قبلَ الظُّهورِ لا يَصِحُّ اتِّفاقًا، وإن باعها بعدَ أن تَصيرَ مُنتفَعًا بها يَصِحُّ؛ لأنه باع مالًا مُنتفَعًا به، وإن باعها قبلَ أن تَصيرَ مُنتفَعًا بها، بأن[3] لم تَصلُح لتَناوُل بَني آدمَ وعَلْفِ الدَّوابِّ: فالصَّحيحُ أنه يَصِحُّ؛ لأنه إن لم يكن مُنتفَعًا به في الحال فهو بعَرَض أن يَصيرَ مُنتفَعًا به في الْمَآل بواسِطة التَّركِ، وهو كافٍ لصِحّة البيعِ، كما في بَيع الجَحشِ والْمُهرِ.

وقِيل: لا يَصِحُّ؛ لأنه يَستحِقُّ[4] القطعَ؛ إذ لا يَصِحُّ البيعُ بشَرط التَّركِ، ومُستحِقُّ القطعِ كالْمَقطوع، فلم يكن مُنتفَعًا به حالًا ومآلًا، فلم يَصِحَّ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا[5] يَصِحُّ بيعُ الثَّمرةِ بعدَما صارت مُنتفَعًا بها قبلَ الإدراكِ؛ لنَهيه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بَيع الثَّمَرةِ قبلَ أن تُزهِيَ، وفَسَّره بالاحمِرار أو[6] الاصفِرارِ[7].

---

(١) بُدُوّ صلاحها: يقال: بدا يبدو بُدُوًّا، كقعد قعودًا، أي ظهر، غير مهموز. «المطلع» ص٢٩٢.

(٢) صلاح الثمرة: أمانها من العاهة. قال في «فتح القدير» ٦/ ٢٨٩: خرج البخاري في الزكاة عن ابن عمر: نهى رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها. وكان إذا سئل عن صلاحها قال: «حتى تذهب عاهتها».

(٣) في (ب): فإن.

(٤) في (ب) و(هـ): مستحق.

(٥) سقطت من (هـ).

(٦) في سوى (أ) و(د): و.

(٧) رواه البخاري (١٤٨٨)، ومسلم (١٥٥٥)، والتفسير بالاحمرار من هذه الرواية، وأما =

ولنا: العُموماتُ بلا تَقييدٍ[1]، والنَّهيُ لِمَعنًى في غَيره، فإنه لو اشتَراه بشَرط القطعِ صَحَّ إجماعًا، وهو أنه[2] إذا اشتَراه بشَرط أن يَترُكَه عليه إلى أن يُدرِكَ فربما لا يَفعَلُ، فيَندَمُ، فيُؤدِّي إلى النِّزاع، والنَّهيُ لِمَعنًى في غَيره لا يُوجِبُ الفَسادَ إجماعًا.

وعلى الْمُشتَري قطعُها في الحال ليُفرِّغَ مِلكَ البائعِ.

هذا إذا باع[3] مُطلَقًا أو بشَرط القطعِ، فإن باع بشَرط التَّركِ على النَّخل فَسَد البيعُ؛ لأنه صَفْقةٌ في صَفْقةٍ، وهي إجارةٌ في بيعٍ، أو إعارةٌ في بيعٍ؛ وهذا لأنه إن كان بمُقابَلة مَنفَعةِ التَّركِ بعضُ[4] الثَّمَنِ فهو إجارةٌ مَشروطةٌ في البَيع، وإن لم يكن بمُقابَلتها شيءٌ من الثَّمَن فهو إعارةٌ مَشروطةٌ في البَيع.

وكذا بيعُ الزَّرعِ بشَرط التَّركِ؛ لِما بَيَّنّا.

وهذا إذا لم يَتناهَ عِظَمُها، فإن تَناهى عِظَمُها، وباعها مُطلَقًا أو بشرط القطعِ: صَحّ[5]، وإن باع بشَرط التَّركِ لم يَصِحَّ[6] قِياسًا عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَااللَّهُ، وصَحَّ[7] استِحسانًا عندَ محمدٍ رَحِمَهُاللَّهُ؛ لأنه شرطٌ مُتعارَفٌ.

=الاصفرار، فقد روى مسلم (١٥٣٦) عن جابر بن عبد الله: أن رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ نهى عن المحاقلة، والمزابنة، والمخابرة، وأن تشترى النخل حتى تُشْقِه. والإشقاه: أن يحمر أو يصفر.

(١) في (ب): (فلا تفسد) بدل (بلا تقييد).

(٢) في (ب): (لأنه) بدل (وهو أنه).

(٣) في (ب): ابتاع.

(٤) في (هـ): بعد.

(٥) في (و): جاز.

(٦) في (هـ): لم يجز.

(٧) في (و): جاز.

بخِلاف ما إذا لم يَتناهَ عِظَمُها؛ لأن الثِّمارَ على رُؤوس الأشجارِ تَزيدُ، وهذه الزِّيادةُ تَحدُثُ بعدَ البيعِ من مِلك البائِعِ[1]، أعنِي الأرضَ والشَّجرَ، فكأنه ضَمَّ الْمَعدومَ إلى الْمَوجود واشتَراهما، فيَفسُدُ العقدُ.

ولهما: أنه بيعٌ شُرِط فيه ما لا يَقتَضيه العقدُ، ولأحَد العاقِدَين فيه مَنفَعةٌ، ومِثلُه يُفسِدُ العقدَ؛ وهذا لأنه تَحصُلُ في الْمَبيع زِيادةُ جَودةٍ[2] وطَراوةٍ، وللمُشتَري فيه نفعٌ، والْمُعتادُ التَّركُ بلا شرطٍ لا شرطُ[3] التَّركِ.

وفي «الأَسرار» ذَكَر أن الفَتوى على قَوله[4].

ولو باع كلَّ الثِّمارِ وقد ظَهَر البعضُ دونَ البعضِ: فظاهِرُ الْمَذهَبِ أنه لا يَصِحُّ عندَنا، خِلافًا لمالِكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وكان شمسُ الأئِمّةِ الحَلْوانيُّ والفَضليُّ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ يُفتِيان بالجَواز في الثِّمار، والباذِنجانِ، والبِطِّيخ، وغيرِ ذلك، ويَجعَلان الْموجودَ أصلًا في العَقد، وما يَحدُثُ بعدَه تَبَعًا؛ استِحسانًا؛ لتَعامُل النّاسِ.

وقد رُوِي عن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في بَيع الوردِ على الأَشجار: أنه يَجوزُ، ومَعلومٌ أن الوردَ لا يَخرُجُ جُملةً، ولكن يَتلاحَقُ البعضُ بالبَعض.

والأَصَحُّ أنه لا يَجوزُ، كذا في «الْمَبسوط»؛ لأنه جُمِع في العَقد بينَ الْمَعدومِ والْمَوجودِ، والْمَعدومُ لا يَقبَلُ البيعَ، وحِصّةُ الْمَوجودِ غيرُ مَعلومةٍ.

---

(١) في (ج): المالك.

(٢) في (ب): وجودة.

(٣) في (د): لا بشرط.

(٤) في (ب): قول محمد، وفي حاشية (د): الفتوى على قول محمد في بيع الربيع.

وتركُ القِياسِ بالتَّعامُل إنما يَجوزُ عندَ تَحقُّقِ الضَّرورةِ، ولا ضَرورةَ هنا.

أما في الباذِنجان والبِطِّيخ: فلأنه يُمكِنُه أن يَبيعَ أُصولَهما حتى يَكونَ الحادِثُ على مِلك الْمُشتَري.

ولا ضَرورةَ في بَيع الثِّمارِ أيضًا؛ لأنه يُمكِنُه أن يَشتريَ الْمَوجودَ ببَعض الثَّمَنِ، ويُؤخِّرَ العقدَ فيما بَقِي إلى وَقت وُجودِه، فلا ضَرورةَ إلى تَجويز العقدِ في الْمَعدوم.

ولو اشتَراها[1] مُطلَقًا، وتَركها[2] بإذن البائِع: طاب له الفضلُ، كأن[3] البائِعَ أعار له النَّخلَ، فلا يَتمكَّنُ خُبثٌ فيما حَصَل له من الزِّيادة.

ومُطلَقًا، وتُرِك بلا إذنٍ، وزاد ذاتًا لا[4] جودةً[5]: تَصدَّق.

وإن تَركها بلا إذنه، وزاد ذاتًا: تَصدَّق بما زاد في ذاته؛ لحُصول الزِّيادةِ بمعنًى[6] من الشَّجَر بلا إذن المالِك، فلا يَطيبُ له.

وإن تَركها بعدَما تَناهى: لم يَتصدَّق بشيءٍ؛ لأنه زاد جَودةً؛ لتَغيُّر[7] الطَّعمِ واللَّونِ، وذا من أثَر الشَّمسِ والقمَرِ، لا ذاتًا.

وإن آجَر النَّخلَ مُدّةً مَعلومةً: بَطَل، وطاب الفضلُ، وإن آجَر الأرضَ إلى أن يَستحصِدَه فَسَد، ولم يَطِب.

---

(١) في (ب): اشتراهما.

(٢) في (ب): وتركهما.

(٣) في (ب): وكأن، وفي (هـ): لأن.

(٤) في (م) و(ف): أو.

(٥) الجَودة بفتح الجيم وضمها: مصدر جاد يجود، إذا صار جيدًا. «المطلع» ص٢٩٤.

(٦) في (هـ): لمعنى.

(٧) في (ب): كتغير.

وإن باع مُطلَقًا، وتَرَكها على النَّخيل، وآجَر النَّخيلَ مُدّةً مَعلومةً: بَطَلت الإجارةُ؛ لعَدَم التَّعامُلِ، كمن استَأجَر نخلًا ليُجفِّفَ عليه الثِّيابَ، وطاب له الفضلُ؛ لأنه بالإذن.

ولو اشتَرى الزَّرعَ، واستَأجَر الأرضَ إلى أن يَستحصِدَ، وتَرَكه: فَسَدت الإجارةُ؛ لجَهالة الْمُدّةِ، فقد يَتقدَّمُ الإدراكُ إذا تَعجَّل الحرُّ، وقد يَتأخَّرُ إذا طال البردُ، ولم يَطِب الفضلُ؛ للخُبث.

والحاصِلُ: أن الإذنَ في الإجارة الباطِلةِ[1] صار أصلًا؛ إذ الباطِلُ عِبارةٌ عن الْمَعدوم الْمُضمحِلِّ، والْمَعدومُ لا يَصلُحُ مُتضمِّنًا، فصار الإذنُ مَقصودًا، ولا كذلك في الإجارة الفاسِدةِ؛ لأن الفاسِدَ ما كان مَوجودًا بأَصله، فانِيًا بوَصفه، فأمكَن جعلُه مُتضمِّنًا للإذن، وفَسادُ الْمُتضمِّنِ يَقتَضي فَسادَ ما في الضِّمن، فيَفسُدُ الإذنُ، فيَتمكَّنُ الخُبثُ.

ولو اشتَرى الثَّمَرَ على الشَّجَر مُطلَقًا، فأثمَرت ثَمَرًا آخرَ.. فإن حَلَّل له البائعُ صَحّ.

ولو اختَلَط الحادِثُ بالْمَوجود.. فإن كان يُعرَفُ الحادِثُ: فالعقدُ صَحيحٌ بحاله، وإن كان لا يُعرَفُ.. فإن كان قبلَ التَّخليةِ: فَسَد البيعُ؛ لأنه تَعذَّر التَّسليمُ بسَبَب الاختِلاطِ، فيُعتبَرُ بما لو تَعذَّر بسَبَب الهَلاكِ، وإن كان بعدَ التَّخليةِ: لا يَفسُدُ العقدُ؛ لأن تَمامَ العقدِ بالتَّسليم، وقد وُجِد، فانتَهى نِهايتَه، فلا يَفسُدُ بالاختِلاط، ولكنهما اشتَرَكا فيه؛ لاختِلاط مِلكِ أحَدِهما بالآخَر.

والقولُ للمُشتَري في قَدْر ذلك؛ لكَونه في يَده.

وكذا في أُصول[2] الباذِنجانِ والبِطِّيخِ.

والْمَخلَصُ منه: أن يَشتريَ أُصولَهما حتى يَتولَّدَ الحادِثُ على مِلكه.

---

(١) في (ب): الفاسدة.

(٢) مثبتة من (ب).

وإذا اشترى عِنَبَ كَرْمٍ على أنه ألفُ مَنٍّ، فخَرَج قَدْرُ تِسعِمائةٍ: فللمُشتَري أن يُطالِبَ البائعَ بحِصّة مِائةِ منٍّ من الثَّمَن؛ لأن البيعَ بقَدْر مِائةِ مَنٍّ لم يَصِحَّ؛ للعَدَم، وصَحَّ بقَدْر تِسعِمائةِ مَنٍّ، فيُطالِبُ البائعَ بحِصّة ما لم يَصِحَّ البيعُ، ولا يُطالِبُه بحِصّة ما صَحَّ البيعُ فيه.

وقِيل: على قِياس قولِ أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يَفسُدُ العقدُ في الباقِي؛ لأن الأصلَ عندَه أن العقدَ إذا فَسَد في البَعض بمُفسِدٍ مُقارِنٍ للعَقد يَفسُدُ العقدُ في الباقِي.

وكان شمسُ الأئمّةِ السَّرَخسيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقولُ بأن العقدَ فيما وُجِد صَحيحٌ عندَ الكلِّ؛ لِما مَرَّ في مَسألة العِدْلِ.

وصحَّ استِثناءُ أرطالٍ منها، كبَيع بُرٍّ في سُنبُله[1]، وباقِلّاءَ(ف)[2] في قِشره.

وصَحَّ في ظاهِر الرِّوايةِ أن يَبيعَ ثَمَرةً ويَستثنيَ منها أرطالًا مَعلومةً، وهو قولُ مالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن الأصلَ أن ما جاز إفرادُه بالعَقد جاز[3] استِثناؤُه من العَقد، كما لو استَثنى جُزءًا مُشاعًا، وما لا يَجوزُ إفرادُه بالعَقد لا يَصِحُّ استِثناؤُه من العَقد، كما لو استَثنى عُضوًا من الشّاة ونحوِه.

وهذا لأن الاستِثناءَ استِخراجُ بعضِ ما تَناوَله الكَلامُ في حقِّ الحُكمِ، فإنما يَصِحُّ في محَلٍّ يُمكِنُ إثباتُ حُكمِ الكَلامِ فيه مَقصودًا، وبيعُ قَفيزٍ من صُبرةٍ جائزٌ، فكذا استِثناؤُه،

---

(١) السنبل: مجتمع الحب في أكمامه. «التوقيف» ص١٩٨.

(٢) الباقلاء: الفول. انظر «المصباح» ٢/ ٤٨٤. الباقلاء: نبات عشبي حولي، من الفصيلة القرنية، تؤكل قرونه مطبوخة، وكذلك بذوره. «المعجم الوسيط» ١/ ٦٦.

ويشدد ويخفف، فإذا شدد كان مقصورًا، وإذا خفف كان ممدودًا، وقد يقصر، ذكر اللغات الثلاث: ابن سيده في «المحكم». «المطلع» ص٢٧٦.

(٣) في (د) و(هـ): (لا يصح) بدل (جاز).

وبيعُ الحَمْلِ وأطرافِ الحيَوانِ لا يَجوزُ، فكذا استِثناؤُه.

وهذا لأن الحُكمَ فيه يَثبُتُ بعِلّة الأصلِ، فلا يَستَقيمُ استِخراجُه عن العَقد، ودَليلُ الْمُوجَبِ في حقِّه قائمٌ.

وفي رِواية الحسَنِ والطَّحاويِّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: لا يَصِحُّ استِثناءُ أرطالٍ مَعلومةٍ؛ لجَهالة ما بَقِي بعدَ الاستِثناءِ، وهي تُفضِي إلى النِّزاع هنا[1]؛ إذ الْمُشتَري يُطالِبُ بالأجوَد، والبائِعُ يُسلِّمُ الأردأَ، على أنه يُحتمَلُ أن الْمَوجودَ ليس إلا هذه الأرطالُ الْمُستثناةُ.

بخِلاف ما لو استَثنى نخلًا مُعيَّنًا؛ لأن الباقِيَ مَعلومٌ عِيانًا.

وصَحَّ بيعُ البُرِّ في سُنبُله، والباقِلّا في قِشره، وكذا الأُرْزِ والسِّمسِمِ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُٱللَّهُ: لا يَصِحُّ بيعُ الباقِلّا الأخضَرِ، وكذا الجوزِ واللَّوزِ والفُستُقِ في قِشره الأوَّلِ، وله في بَيع السُّنبُلةِ قَولان.

وعندَنا: يَصِحُّ ذلك كلُّه.

له: أن الْمَبيعَ مَستورٌ بشيءٍ لا مَنفَعةَ له[2]، فصار كتُراب الصّاغةِ، أي كبَيع تُرابِ الفِضّةِ بتُراب الفِضةِ أو بالفِضّة، وتُرابِ الذَّهَبِ بتُراب الذَّهبِ أو بالذَّهَب.

ولنا: أنه عَلَيْهِٱلصَّلَاةُوَٱلسَّلَامُ نَهى عن بَيع النَّخلِ حتى يُزهِي، وعن بَيع السُّنبُلةِ حتى تَبيَضَّ وتأمَنَ العاهةَ[3]، وحُكمُ ما بعدَ الغايةِ يُخالِفُ ما قبلَها، فظاهِرُه يَقتَضي الجَوازَ بعدَ وُجودِ الغايةِ، وعندَه: لا يَجوزُ حتى يُخرَجَ من قِشره الأوَّلِ.

ولأنه مالٌ مُتقوَّمٌ، فيَصِحُّ بيعُه في سُنبُله، كالشَّعير.

(١) مثبتة من (هـ).

(٢) في (ب): له فيه.

(٣) رواه مسلم (١٥٣٥).

بخِلاف تلك الْمَسألةِ؛ لأن عدَمَ جَوازِ بيعِه بجِنسه لاحتِمال الرِّبا، حتى لو باع تُرابَ الذَّهَبِ بتُراب الفِضّةِ أو بالفِضّة صَحّ، وهنا لو باعه بجِنسه لا يَصِحُّ أيضًا؛ إذ لا يُعلَمُ قَدْرُ ما في السَّنابِل.

أُجرةُ الكَيّالِ على البائِع، ونقدُ(و) الثَّمَنِ ووزنُه على الْمُشتَري.

أُجرةُ الكَيّالِ، والوَزّانِ، والذَّرّاعِ، والعَدّادِ.. إذا باع بشَرط الكَيلِ، والوَزنِ، والذَّرعِ، والعَدِّ: على البائِع؛ لأن الكَيلَ والوَزنَ فيما بيعَ مُكايَلةً ومُوازَنةً[1] من تَمام التَّسليمِ، والتَّسليمُ على البائِع، فما يَكونُ من تَمامه يَكونُ عليه.

وأُجرةُ نقدِ الثَّمَنِ ووزنِه على الْمُشتَري.

أما النَّقدُ: ففيه رِوايتان عن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، في رِوايةٍ: يَكونُ على البائِع؛ لأن النَّقدَ يَكونُ بعدَ التَّسليمِ؛ لأنه يَكونُ[2] بعدَ[3] الوزنِ الذي هو من تَمام التَّسليمِ، والبائِعُ يَحتاجُ إليه ليُميِّزَ ما تَعلَّق به حقُّه عمّا لم يَتعلَّق به حقُّه، وليَعرِفَ الْمَعيبَ فيَرُدَّه.

وفي رِوايةٍ: على الْمُشتَري؛ لأنه يَحتاجُ إلى تَسليم الجيِّدِ الْمُقدَّرِ، والجَودةُ تُعرَفُ بالنَّقد، وبه كان[4] يُفتِي الصَّدرُ الشَّهيدُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وأما وزنُ الثَّمَنِ: فلأنه الْمُحتاجُ إلى تَسليم الثَّمَنِ، وبالوَزن يَتحقَّقُ التَّسليمُ.

وسِلعةً بثَمَنٍ: سَلَّمه أوَّلًا(ف)، وإلا معًا.

ومن باع سِلعةً بثَمَنٍ حالٍّ.. قِيل للمُشتَري: (سَلِّم الثَّمَنَ أوَّلًا)، فإذا سَلَّم قِيل

(١) في (هـ): ومزاينة.

(٢) في (د): لا يكون.

(٣) في (هـ): بقدر.

(٤) مثبتة من (هـ).

للبائِع: (سَلِّم الْمَبيعَ)؛ لأنه استَوفى حقَّه، والْمَبيعُ حقُّ الْمُشتَري، فيَكونُ حبسُه ظُلمًا، فيُؤمَرُ بالتَّسليم ليَندفِعَ الظُّلمُ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَتقابَضان معًا؛ لأن هذا عقدُ مُعاوَضةٍ، فيَقتَضي تَسليمًا بإِزاء تَسليمٍ، وقبضًا بإِزاء قبضٍ؛ تَحقيقًا للمُساواة، كما في بَيع العَينِ بالعَين، والثَّمَنِ بالثَّمَن.

ولنا: أن الْمُساواةَ فيما قُلنا: لأن الْمَبيعَ صار مُتعيِّنًا، والثَّمَنُ لا يَتعيَّنُ بالتَّعيين، وإنما يَتعيَّنُ بالقَبض، فأُمِر بالدَّفع أوَّلًا ليَستويَ البَدَلان عينًا بعَينٍ، لا لأن التَّسليمَ أوَّلًا واجِبٌ لعَينه.

وإن باع سِلعةً بسِلعةٍ، أو ثَمَنًا بثَمَنٍ: قِيل لهما: (سَلِّما معًا)؛ لاستِوائهما في العَينيّة والدَّينيّةِ، فلا ضَرورةَ إلى أَمر أحَدِهما بتَقديم الدَّفعِ.

واعلَم أن البيعَ نوعان: لازِمٌ، وهو ما لا خِيارَ فيه، وقد مَرّ، وغيرُ لازِمٍ، وهو ما فيه خِيارٌ، وهو أنواعٌ: خِيارُ الشَّرطِ، والتَّعيينِ، والرُّؤيةِ، والعَيبِ[1].

---

(١) في (ج): والله أعلم.

باب خيار الشرط[1] والتعيين[2]

باب خيار الشرط

صحّ(ر) ثلاثةَ أيّامٍ، وأقلَّ، لا أكثرَ(س م)، فإن أجاز في الثّلاث: صحّ(ز ف).

خِيارُ الشَّرطِ جائزٌ في البَيع للبائع والمُشتري، ولهما الخِيارُ ثلاثةَ أيّامٍ فما دونَها.

والأصلُ فيه: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لحِبّانَ بنِ مُنقِذٍ: «إذا بايعتَ فقُل: لا خِلابةَ[3]، ولي الخِيارُ ثلاثةَ أيّامٍ»[4].

ولا يَصِحُّ أكثَرَ منها عندَ أبي حنيفةَ وزفرَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

وعندَ[5] أبي يوسفَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: يَصِحُّ إذا كانت الْمُدّةُ مَعلومةً، طالت أو قَصُرت؛ لحَديث ابنِ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أنه أَجاز الخِيارَ إلى شَهرَين[6].

(١) خيار الشرط: أن يشترط أحد المتعاقدين الخِيار ثلاثة أيام أو أقل. «التعريفات» ص١٠٢.

(٢) خِيار التعيين: أن يشتري أحد الثوبين بعشرة على أن يعين أيًا شاء. «التعريفات» ص١٠٢.

(٣) لا خلابة: أي لا خديعة، كما في «النهاية» ٢/ ٥٨.

(٤) رواه دون ذكر الخيار: البخاري (٢١١٧)، ومسلم (١٥٣٣)، ومعه: ابن ماجه (٢٣٥٥)، والدارقطني (٣٠١١)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٦.

(٥) في (ب): وقال.

(٦) قال في «نصب الراية» ٤/ ٨: غريب جدًا. انتهى. وذكره من فقهائنا: الإمام الكاساني رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى في «البدائع» ٥/ ١٧٤. وقال العيني في «البناية» ٨/ ٥٠: هذا غريب جدًا، والعجب من الأكمل أنه قال:=

ولأن الخِيارَ شُرِع دفعًا للحاجة، فالبيعُ عقدُ مُغابَنةٍ، والْمَقصودُ به الاستِرباحُ، وذا لا يَحصُلُ إلا بعدَ التَّروِّي بنَفسه وبغَيره، فلم يَجُز تَقديرُه بالثَّلاث مع مَساسِ الحاجةِ إلى الأكثَر؛ لتَفاوُت النّاسِ في الذَّكاء.

ولهم: أن قَضِيّةَ العقدِ اللُّزومُ والانبِرامُ، وشرطُ الخِيارِ يُنافِيه، فكان القِياسُ أن لا يَجوزَ شرطُ الخِيارِ في البَيع أصلًا، غيرَ أنّا تَركنا القِياسَ في الثَّلاث بما رَوينا[1]، فيُقتصَرُ على الْمُدّة الْمَذكورةِ فيه؛ إذ التَّقديرُ الشَّرعيُّ يَمنَعُ[2] الزِّيادةَ والنُّقصانَ، كما في الحُدود، أو يَمنَعُ[3] أحَدَهما، كأقَلِّ الحيضِ وأكثَرِه، وهذا التَّقديرُ لا يَمنَعُ النُّقصانَ إجماعًا، فيَمنَعُ الزِّيادةَ، وإلا يَلزَمُ إخلاءُ التَّقديرِ عن الفائِدة.

ولهذا قُلنا بأن الشَّرطَ داخِلٌ على الحُكم دونَ السَّبَبِ؛ لأن البيعَ لا يَحتمِلُ التَّعليقَ والخطَرَ[4]؛ لأن ذا يُؤدِّي إلى القِمار في الإثباتات، والخِيارُ ثَبَت بخِلاف القِياسِ نظَرًا، فلو دَخَل على السَّبَب لتَعلَّق حُكمُه ضَرورةً، ولو دَخَل على الحُكم لنَزَل[5] سببُه، فقُلنا بأَدنى الخطَرَين؛ إعمالًا للقَضِيّة الكُلِّيّة، وهي أن الإثباتاتِ لا تَحتمِلُ التَّعليقَ بقَدْر

= ولهما حديث ابن عمر أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أجاز الخيار إلى شهرين، ونفس إسناده إلى ابن عمر لم يصح، فكيف يرفع إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقال الإتراري: وقد روى أصحابنا في شروح «الجامع الصغير»: أن ابن عمر شرط الخيار شهرين، كذا ذكر فخر الإسلام، وقال العتابي: إن عبد الله بن عمر باع بشرط الخيار شهرًا، وقال في «المختلف»: روي عن ابن عمر أنه باع جاريةً وجعل للمشتري الخيار شهرًا، وكل هذا لم يثبت، واستدل الكاكي لهما بقوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «المسلمون عند شروطهم».

(١) أي من حديث حبان بن منقذ رضي الله تعالى عنه.

(٢) في (أ): لمنع.

(٣) في (أ): لمنع.

(٤) في (ج): الحظر.

(٥) في (ب) و(هـ): لترك، وفي (د): لزال.

الإمكانِ، ولهذا لو حَلَف لا يبيعُ، فباع بشَرط الخِيارِ: يَحنَثُ، ولو حَلَف لا يُطلِّقُ، فعلَّق الطَّلاقَ بالشَّرط: لا يَحنَثُ.

وفي الأثَر بيانُ أنه أَجاز الخِيارَ، وليس فيه بيانُ خِيارِ الشَّرطِ، فلعل الْمُرادَ خِيارُ العَيبِ أو الرُّؤيةِ، وأنه أَجاز الرَّدَّ به[1] بعدَ شَهرَين.

ولأن جَوازَ شرطِ الخِيارِ للحاجة إلى التَّروِّي؛ لدَفع الغَبنِ، والحاجةُ تَندفِعُ بثَلاثة أيّامٍ ظاهِرًا؛ لأنها مُدّةٌ تامّةٌ[2] لإبلاء الأعذارِ، كما في قِصّة الأخيارِ[3]، ففيما وَراءَها لا حاجةَ، فلا يُشرَعُ[4] الخِيارُ.

فإن شُرِط الخِيارُ أكثرَ من ثَلاثة أيّامٍ، أو أبدًا، حتى فَسَد العقدُ.. فإن أَجاز في الثَّلاث صَحَّ العقدُ عندَنا، خِلافًا لزفرَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

لهما: أن الْمُفسِدَ هو الشَّرطُ، وهو ثَبَت في العَقد، فلا يَنقلِبُ صَحيحًا بحَذفه، كالنِّكاح بغَير شُهودٍ لا يَنقلِبُ صَحيحًا بالإشهاد.

---

(١) في (هـ): الرؤية.

(٢) في (هـ): ثابتة.

(٣) أراد به موسى والخضر عليهما الصلاة والسلام، حيث قال موسى للخضر في المرة الثالثة: ﴿إِن سَأَلْتُكَ عَن شَيْءٍ بَعْدَهَا فَلَا تُصَاحِبْنِي﴾ [الكهف: ٧٦]، وأمثال ذلك كثير، قال سبحانه وتعالى: ﴿تَمَتَّعُواْ فِي دَارِكُمْ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ﴾ [هود: ٦٥]، وقال سبحانه وتعالى في قصة زكريا عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: ﴿أَلَّا تُكَلِّمَ ٱلنَّاسَ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ﴾ [آل عمران: ٤١]، وروى أبو داود بإسناده إلى النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إذا استأذن أحدكم ثلاثًا فلم يؤذن له فليرجع».

وروى القدوري في «شرحه» عن عمر رضي الله تعالى عنه عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «من اتجر في شيء ثلاث مرات فلم يربح فليشغل إلى غيره»، وتقدير مدة المسافر، وإمهال المرتد، ومدة أقل الحيض، ونحو ذلك. «البناية» ١٢/ ٤١٣.

(٤) في (ج) و(د): فلا يندفع.

وله: أن الْمُفسِدَ زال قبلَ تقرُّرِه، فيَصِحُّ العقدُ، كما لو باع جِذعًا في سَقفٍ، ثم نَزَعه وسَلَّمه، أو باع بالرَّقْم، وأعلَمه في الْمَجلِس.

وهذا عندَ أهلِ العِراقِ من أَصحابنا، فإنَّ عندَهم: يَنعقِدُ العقدُ فاسِدًا، ويَرتفِعُ الفَسادُ بحَذف الشَّرطِ.

ولأن الْمُفسِدَ اتِّصالُ اليومِ الرّابعِ بهذه الْمُدّةِ، فإذا حَذَفه قبلَ اليومِ الرّابعِ فقد مَنَع اتِّصالَ الْمُفسِدِ بالعَقد، وصار كأن الخِيارَ لم يكن مَشروطًا في اليَوم الرّابعِ.

وهذا[1] عندَ أهلِ خُراسانِ، فعندَهم: العقدُ مَوقوفٌ على إِسقاط الشَّرطِ، فإذا مَضى جُزءٌ من اليَوم الرّابعِ فَسَد العقدُ حينَئذٍ، وهذا الوجهُ أوجَهُ.

وهذا بخِلاف النِّكاحِ بلا شُهودٍ؛ لأن الفَسادَ ثَمَّ باعتِبار عدَمِ شرطِ الجَوازِ، وذا لا يَزولُ بالإِشهاد[2].

فلو أسقَط خِيارَ الأبدِ بعدَ الثَّلاثِ صَحَّ عندَهما؛ لأنه يَجوزُ إلى هذه الْمُدّةِ عندَهما، وعندَه: لا يَصِحُّ؛ لأن الخِيارَ إلى هذه الْمُدّةِ لا يَجوزُ عندَه.

باع على أنه إن لم يَنقُد الثَّمَنَ[3] إلى ثَلاثةٍ فلا بيعَ: صحّ(ز)، ولو أربعةٍ لا(م)، فإن نَقَد في الثَّلاث: صحّ(ز).

ولو باع عبدًا على أنه إن لم يَنقُد الثَّمَنَ إلى ثَلاثة أيّامٍ فلا بيعَ بينَهما: صَحَّ عندَنا استِحسانًا.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَصِحُّ قِياسًا؛ لأنه بيعٌ شُرِط فيه إقالةٌ فاسِدةٌ؛ لتَعلُّقها بشَرط

---

(١) في (هـ): وأما.

(٢) في (ب): لا يجوز إلا بالإشهاد، وفي (هـ): لا يجوز بالإشهاد.

(٣) خيار النقد: بأن اشترى شيئًا على أنه إن لم ينقد إلى ثلاثة أيام فلا بيع. «التعريفات الفقهية» ص٩١.

عدَمِ النَّقدِ، ولو شُرِط فيه إقالةٌ صَحيحةٌ يَفسُدُ العقدُ، فإذا شُرِط فيه إقالةٌ فاسِدةٌ أولى أن يَفسُدَ.

ولنا: أنه في مَعنى شرطِ الخِيارِ في الْمَقصود؛ لأنه يَكونَ ثَمَّ مُخيَّرًا في الأيَّام الثَّلاثةِ بينَ الفسخِ والإمضاء، وشرطُ الخِيارِ جُوِّز لهذا الْمَقصودِ، وبهذا الشَّرطِ لا يَحصُلُ إلا هذا الْمَقصودُ، غيرَ أنه جَعَل ترْكَ النَّقدِ أمارةَ الفسخِ، والنَّقدَ أمارةَ الإمضاءِ، كأنه قال: (إن شِئتُ أُجيزُ[1] العقدَ فأنقُدُ الثَّمَنَ في ثَلاثة أيّامٍ، وإن شِئتُ أفسَخُه فلا أنقُدُ[2]).

وفي[3] الحاجة[4]؛ إذ كما[5] يَحتاجُ ثَمَّ إلى التَّروِّي في الْمَبيع هل يُوافِقُه أم لا.. يَحتاجُ هنا إلى التَّأمُّل في الثَّمَن هل يَصيرُ مَنقودًا أم لا.

فإن قِيل: لو سَكَت ثَمَّ حتى مَضت الْمُدّةُ تَمَّ البيعُ، وهنا لو سَكَت حتى مَضت الْمُدّةُ يَنفسِخُ البيعُ، فأنّى يَكونُ في مَعناه؟!

قُلنا: الحاجةُ ماسّةٌ إلى انفِساخ العقدِ متى لم يَنقُد الثَّمَنَ؛ ليَندفِعَ غَبنُ عدَمِ النَّقدِ، فكان مُلحَقًا به من حيث الحاجةُ إلى دَفع الغَبنِ.

وإن شَرَط أربَعةَ أيّامٍ لم يَجُز عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، كما لا يَجوزُ شرطُ الخِيارُ أربَعةَ أيّامٍ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجوزُ، كما يَجوزُ شرطُ الخِيارِ أربَعةَ أيّامٍ.

---

(١) في (ب) و(د) و(و): اختر.

(٢) في (أ): فلا نقد.

(٣) في (ب): أو في.

(٤) أي ولنا أنه في معنى الحاجة.

(٥) في (ب): (إلى ذا) بدل (إذ كما).

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَجوزُ الزِّيادةُ على الثَّلاثة، كما قال أبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن القِياسَ في شَرط الخِيارِ ما قاله أبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وإنما تَركناه بأثَر ابنِ عمرَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا، ولا أثَرَ هنا، فبَقِي على أَصل القِياسِ.

فإن نَقَد في الثَّلاث صَحَّ عندَهم؛ لزَوال الْمُفسِدِ.

وخِيارُ البائِعِ يَمنَعُ(ف) خُروجَ الْمَبيعِ عن مِلكه، وبقَبض الْمُشتَري يَهلِكُ بالقِيمة، وخِيارُه[1] لا يَمنَعُ، ولا يَملِكُه(س م)، ويَهلِكُ بقَبضه بالثَّمَن، كتَعيُّبه.
ومَنَع خُروجَ الثَّمَنِ عن مِلكه.

وخِيارُ البائِعِ يَمنَعُ خُروجَ الْمَبيعِ عن مِلكه عندَنا، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: الاعتِبارُ بخِيار العَيبِ.

ولنا: أن العَينَ لا تَخرُجُ عن مِلكه بطَريق التِّجارةِ إلا بعدَ تَمامِ رِضاه به، وباشتِراط الخِيارِ فات رِضاه به، والسَّبَبُ بدُون الشَّرطِ لا يَعمَلُ في الحُكم، ولهذا يَنفُذُ عتقُه.

ولا يَملِكُ الْمُشتَري التَّصرُّفَ فيه، وإن قَبَضه بإِذن البائِعِ، فلو قَبَضه الْمُشتَري، وهَلَك في يَده في مُدّة الخِيارِ: ضَمِنه بالقِيمة، خِلافًا لابن أبي لَيلى رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: أنه أمينٌ فيه؛ لأنه قَبَضه بإِذن مالِكِه، فلا يَضمَنُ[2].

ولنا: أنه هَلَك على مِلك البائِعِ، فيَنفسِخُ العقدُ ضَرورةً؛ إذ لا فائِدةَ في بَقاء العقدِ غيرَ مُنعقِدٍ في حقِّ الحُكمِ[3]، ولا وجهَ إلى تَنفيذ الحُكمِ؛ إذ لا نَفاذَ بلا محَلٍّ، والهالِكُ[4] غيرُ

---

(١) أي المشتري.

(٢) قوله: (فلا يضمن) مثبت من (هـ).

(٣) في (هـ): الملك.

(٤) في (ب): والمالك.

قابلٍ له، وببُطلان العقدِ لا تَبطُلُ الْمُساوَمةُ[1]، والْمَقبوضُ على سَوم الشِّراءِ مَضمونٌ بالقِيمة بإِجماع الصَّحابةِ رَضِيَ اللهُ عَنهُم[2].

ولأن المالِكَ لم يَرضَ بقَبض مالِه مَجّانًا، وإنما رَضِي على وجهٍ يُقابَلُ بالضَّمان، فلا يَجوزُ إخلاؤُه عن الضَّمان.

والضَّمانُ الأصليُّ هو القِيمةُ، وإنما يُتحوَّلُ منها إلى الثَّمَن عندَ تَمامِ البيعِ، ولم يُوجَد.

---

(١) في (و): المعاوضة.

(٢) قال في «البناية» ١٢/ ٤٧٤: لأنه لم يرد عن أحد منهم أن الرهن في مقدار الدين غير مضمون، بل هم اتفقوا على أنه مضمون في مقدار الدين، مع اختلافهم في كيفيته، أي في كيفية الضمان، يعني ليس اختلافهم إلا في كيفية الضمان، فقال أبو بكر وعلي رضي الله تعالى عنهما: مضمون بالقيمة، وقال ابن عمر وابن مسعود وعمر رضي الله تعالى عنهم: هو مضمون بأقل من قيمته ومن الدين، وقال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما: هو مضمون بالدين، وهو قول شريح، قَلَّت قيمته أو كثرت، وهكذا اختلف التابعون، واختلافهم على ذلك إجماع منهم على أنه ليس قول رابع، إلا أن الشافعي أحدث قولًا رابعًا أنه أمانة، فيكون خرقًا للإجماع، كذا في «المبسوط». انتهى، ودعوى خرق الإجماع فيها ما فيها.

وبيض له العلامة الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ٣٢٢، وقال في «الدراية» ٢/ ٢٥٨: لم أجد ذلك.

هذا قولهم عن الإجماع، وبوب البيهقي ٦/ ٦٧ فقال: باب من قال: الرهن مضمون، ذكر فيه حديث: «الرهن بما فيه»، وحديث: «ذهب حقك» المارين، وروى (١١٢٢٨) عن عبيد بن عمير: أن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنهُ قال في الرجل يرتهن الرهن فيضيع قال: إن كان أقل مما فيه يرد عليه تمام حقه، وإن كان أكثر فهو أمين. هذا ليس بمشهور عن عمر، واختلفت الروايات فيه عن علي بن أبي طالب، فروي عنه... (١١٢٢٩) عن خلاس عن علي رَضِيَ اللهُ عَنهُ قال: إذا كان في الرهن فضل.. فإن أصابته جائحة فالرهن بما فيه، فإن لم تصبه جائحة فإنه يرد الفضل. ما روى خلاس عن علي أخذه من صحيفة، قاله يحيى بن معين وغيره من الحفاظ، وروي عن علي رَضِيَ اللهُ عَنهُ مطلقًا: يترادان الفضل... ثم ذكر آثارًا أخرى عنه في ذلك، ثم عن التابعين.

ولو هَلَك في يَد البائِع انفَسَخ البيعُ، ولا شيءَ على الْمُشتَري، كما في البَيع الباتِّ.

وخِيارُ الْمُشتَري لا يَمنَعُ خُروجَ الْمَبيعِ عن مِلك البائِعِ، ولا يَملِكُه الْمُشتَري.

والأصلُ: أن الخِيارَ يَمنَعُ انعِقادَ العقدِ في حقِّ الحُكمِ أصلًا إن كان الخِيارُ لهما، وإن كان الخِيارُ للبائِع أو للمُشتَري يَمنَعُ الانعِقادَ في جانِب مَن له الخِيارُ؛ نظَرًا له، لا في جانِب من لا خِيارَ له؛ لأن العقدَ باتٌّ[1] لازِمٌ في جانِبه، حتى لا يَتمكَّنُ من الفَسخ.

وإذا كان كذلك فالبدَلُ الذي من جانِب من له الخِيارُ لا يَخرُجُ عن مِلكه، والبدَلُ الذي من جانِب الآخَرِ يَخرُجُ من مِلكه، ولا يَدخُلُ في مِلك الْمَشروطِ له الخِيارُ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: يَدخُلُ؛ لأن البيعَ لازِمٌ في جانِب مَن لا خِيارَ له، فيَتوفَّرُ[2] على البَدَل الذي من جانِبه حُكمُ البيعِ اللّازِمِ، وهو الانتِقالُ من مِلك أحَدِهما إلى مِلك الآخَرِ؛ ألا تَرى أنه خَرَج عن مِلكه، فلو لم يَدخُل في مِلك صاحِبِه لبَقِي مَملوكًا بلا مالِكٍ، وهو غيرُ مَعهودٍ في الشَّرع.

وله: أنه لو دَخَل العِوَضُ في مِلكه، ولم يَخرُج الْمُعوَّضُ[3] من مِلكه.. لاجتَمَع البَدَلان في مِلك رَجُلٍ واحِدٍ حُكمًا للمُعاوَضة، مع أنه بمحَلِّ النَّقلِ، وذا مما لا تَقتَضيه الْمُعاوَضةُ؛ لأنها تَقتَضي التَّقابُلَ والتَّساويَ، خُروجًا بخُروجٍ، ودُخولًا بدُخولٍ، ولو دَخَل في مِلكه من غَير أن يَخرُجَ البدَلُ الآخَرُ من مِلكه لكان مالِكًا بلا عِوَضٍ، وذا ليس بمُوجَب الْمُعاوَضةِ، بخِلاف غصبِ الْمُدبَّرِ؛ لأنه لا يَحتمِلُ النَّقلَ[4].

---

(١) في (ج) و(د): ثابت.

(٢) في (ب): فيوفر، وفي (هـ): فيتوقف.

(٣) في (ب): المقبوض.

(٤) في (د): النقد.

ولأن الخِيارَ شُرِع نظَرًا للعاقِد لينظُرَ أنه هل يُوافِقُه فيُمضِيه، أم لا فيرُدُّه، ولو ثَبَت الْمِلكُ وكان البدَلُ[1] قَريبَه لعَتَق عليه جبرًا، فيَفوتُ النَّظَرُ، فيَعودُ على مَوضوعه بالنَّقض[2].

وجاز أن يُوجَدَ خُروجٌ بلا دُخولٍ، فمُتولِّي الكَعبةِ إذا اشترَى عبدًا لخِدمة الكَعبةِ يَخرُجُ الْمَبيعُ عن مِلك البائِعِ، ولا يَدخُلُ في مِلك أحدٍ.

ولأن هذا زَوالٌ مَوقوفٌ، إن انفَسَخ العقدُ بان أنه ليس بزائِلٍ، وإلا بان أنه زائِلٌ عن مِلك الغيرِ، داخِلٌ في مِلكه، فلا يَكونُ تَسييبًا؛ لأن السّائبةَ عندَهم ما لا يُملَكُ أصلًا، وهنا سبَبُ الْمِلكِ ثابِتٌ في الحال، وحُكمُه مُتوقَّعٌ.

ولأنه لَمّا تَعارَض الدَّليلان بَقِي ما كان على ما كان.

فإن قَبَض الْمُشتَري، وهَلَك في يَده، والخِيارُ له: هَلَك بالثَّمَن.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: بالقِيمة[3]، كما لو كان الخِيارُ للبائِع، وقَبَضه الْمُشتَري، وهَلَك.

ولنا: أنه متى أشرَف على الهَلاك تعيَّب[4]؛ لأن كونَه مُشرِفًا على الهَلاك يُعدُّ عَيبًا، وذا يَمنَعُ ردَّه على البائِع؛ لأن الواجِبَ عليه أن يَرُدَّه كما قَبَض، وقد عَجَز عنه، فبَطَل خِيارُه، فيَنبرِمُ العقدُ، ويَتأكَّدُ الثَّمَنُ؛ لهَلاكه[5] على مِلكه، وكذا إن تَعيَّب بفِعله، أو بفِعلِ أجنَبيٍّ، أو بآفةٍ سَماويّةٍ، أو بفِعل الْمَبيعِ؛ لأنه عَجَز عن ردِّه كما قَبَض، بأيِّ وجهٍ تَعيَّب عندَه، فسَقَط خِيارُه.

---

(١) في (ب): المال.

(٢) في (ب): بالعقد.

(٣) أي هلك بالقيمة، وفي (هـ): يَرجِعُ بالقيمة..

(٤) في (ب): تعين، وفي (هـ): يعد عيبًا.

(٥) في (ب) و(هـ): بهلاكه.

بخِلاف ما لو كان الخِيارُ للبائع؛ لأنه وإن أشرَف على الهَلاك فخِيارُ البائِع لم يَسقُط؛ لأنه لم يَعجِز عن التَّصرُّف بحُكم الخِيارِ؛ لأنه لو رَضِي به يَتمكَّنُ من الاستِرداد، فإذا هَلَك هَلَك على مِلكه، فيَنفسِخُ العقدُ ضَرورةً؛ إذ لو لَزِم البيعُ فيه للَزِم بعدَ موتِه، وذا لا يَجوزُ؛ لعَدَم المحَلِّ، فكان مَضمونًا بالقِيمة، كالْمَقبوض على سَوم الشِّراءِ.

ويَنبَني على هذا الأصلِ مَسائِلُ:

فلو زَوجتَه: بَقِي النِّكاحُ(س م)، فإن وَطِئ رَدَّ(س م)، ولو بِكرًا لا.

منها: أنه لو اشترَى زَوجتَه على أنه بالخِيار ثَلاثةَ أيّامٍ: لم يَفسُد النِّكاحُ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه لم يَملِكها باعتِبار الخِيارِ، وعندَهما: يَفسُدُ النِّكاحُ[1]؛ لأنه مَلَكها.

وإن وَطِئها: له أن يَرُدَّها عندَه؛ لأن الوطءَ عندَه[2] بحُكم النِّكاحِ لا بحُكم مِلكِ اليَمينِ، فأُضِيف إلى البائِع، فلا يَمنَعُ الرَّدَّ بحُكم الخِيارَ.

وقالا: لم يَرُدَّها؛ لأن الوطءَ حَصَل بحُكم مِلكِ الرَّقَبةِ، فمَنَع الرَّدَّ.

وهذا إذا كانت ثَيِّبًا، فإن كانت بِكرًا: امتَنَع الرَّدُّ عندَه أيضًا؛ للنُّقصان.

ومنها: أن الْمُشترَىٰ بشَرط الخِيارِ للمُشتَري إن كان ذا رَحِمٍ مَحرَمٍ منه لم يَعتِق عليه عندَه؛ لأنه لم يَملِكه، وبَقِي خِيارُه، وعندَهما: يَعتِقُ، وبَطَل خِيارُه.

ومنها: عَتقُه لو قال: (إن مَلَكتُ هذا العبدَ فهو حُرٌّ)، فاشتَراه على أنه بالخِيار، بخِلاف ما لو قال: (إن اشتَريتُه فهو حُرٌّ)؛ لأنه عندَ وُجودِ الشِّراءِ[3] كأنه أنشأ العَتقَ؛ إذ الْمُعلَّقُ بالشَّرط كالْمُرسَل عندَ وُجودِ الشَّرطِ، فلهذا يَعتِقُ عندَهم.

(١) في (ب): الخيار.

(٢) مثبتة من (ب).

(٣) في (ب): الشرط.

فإن قِيل: لو كان كالْمُنشِئ للعَتق بعدَ الشّراءِ لوَقَع عِتقُ من حَلَف بعِتقه بالشّراء عن الكَفّارة لو اشتَراه ناوِيًا عن الكَفّارة.

قُلنا: إنّا جَعَلناه كالْمُنشِئ تَصحيحًا للجَزاء، أعنِي قولَه: (فهو حُرٌّ)، وليس من ضَرورة جعلِه كالْمُنشِئ في حقِّ الجَزاءِ جعلُه كالْمُنشِئ في صِحّة نِيّةِ الكَفّارة.

ومنها: أنه لو اشتَرى أمةً على أنه بالخِيار، فحاضت في يَد الْمُشتَري في مُدّة الخِيارِ، وأَجاز الْمُشتَري العقدَ: لا يُجتزَأُ بتلك الحَيضةِ من الاستِبراء عندَه، وعندَهما: يُجتزَأُ بها.

ولو رَدَّها بحُكم الخِيارِ فعندَه: لا يَجِبُ على البائع استِبراءٌ جَديدٌ؛ لأنها لم تَدخُل في مِلك غيرِه، وعندَهما: يَجِبُ إذا رُدَّت بعدَ القبضِ قِياسًا واستِحسانًا، وإن رُدَّت قبلَ القبضِ يَجِبُ قِياسًا لا استِحسانًا.

ومنها: لو وَلَدت الْمُشتراةُ في مُدّة الخِيارِ بالنّكاح لم تَصِر أُمَّ ولَدِه عندَه، وبَقِي خِيارُه، وعندَهما: تَصيرُ أُمَّ ولَدِه، وبَطَل خِيارُه.

ومنها: أن الْمُشتريَ إذا قَبَض الْمَبيعَ بإِذن البائِعِ، ثم أودَعه عندَ البائِعِ في مُدّة الخِيارِ، فهَلَك في يَد البائِعِ في مُدّة الخِيارِ أو بعدَها: يَهلِكُ على البائع عندَه، وبَطَل البيعُ؛ لأنه لم يَملِكه الْمُشتَري عندَه، وقد ارتَفَع قبضُه بالرَّدِّ على البائع، فهَلَك الْمَبيعُ قبلَ القبضِ، فيَهلِكُ على مِلك البائِعِ.

وعندَهما: يَهلِكُ على الْمُشتَري، ويَلزَمُه الثَّمَنُ؛ لأن الْمُشتريَ مَلَكه عندَهما، فصار مُودِعًا مِلكَ نفسِه، ويدُ الْمُودَعِ يدُ الْمُودِعِ، فصار هَلاكُه في يَد البائِعِ كهَلاكه في يَد الْمُشتَري.

ومنها: لو كان الْمُشتَرَى بالخِيار عبدًا مَأذونًا، فأبرَأه البائِعُ عن الثَّمَن في الْمُدّة: صَحَّ الإبراءُ، وبَقِي خِيارُه، فإن اختار كان الْمَبيعُ له بلا ثَمَنٍ، وإن فَسَخ عاد الْمَبيعُ إلى البائِع

بلا ثَمَنٍ؛ لأن عندَه لم يَملِكه، فكان الرَّدُّ امتِناعًا عن التَّملُّك، والْمَأذونُ يَملِكُه، كما لو وُهِب له هِبةٌ، فامتَنَع عن القَبول.

وعندَهما: بَطَل خِيارُه؛ لأنه مَلَكه عندَهما، فكان الرَّدُّ والفسخُ منه تَمليكًا من البائِع بلا بدَلٍ، وهو تَبرُّعٌ، والْمَأذونُ لا يَملِكُه.

ومنها: لو اشتَرى ذِمِّيٌّ من ذِمِّيٍّ خمرًا على أن الْمُشتريَ بالخِيار، وقَبَضها، ثم أسلَم: سَقَط خِيارُه عندَهما؛ لأنه مَلَكها، فلا يَملِكُ ردَّها بعدَ إسلامِه، وعندَه: يَبطُلُ البيعُ؛ لأنه لم يَملِكها، فلو لم يَبطُل البيعُ لتَملَّكها عندَ إسقاطِ الخِيارِ بحُكم العقدِ بعدَ إسلامِه، وذا لا يَجوزُ.

فلو أَجاز مَن له الخِيارُ بغَيبة صاحِبِه: صحّ، ولو فَسَخ: لا(س ف).

ومَن شُرِط له الخِيارُ فله أن يَفسَخَ في مُدّة الخِيارِ، وله أن يُجيزَ، فإن أَجاز بغَير حَضرةِ صاحِبِه صَحّ، وإن فَسَخ لا يَصِحُّ إلا أن يَكونَ الآخَرُ حاضِرًا عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وقال أبو يوسفَ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: يَجوزُ ردُّه بغَير مَحضَرٍ من الآخَر، والشَّرطُ هو العِلمُ، وإنما كُني عن العِلم بالحَضرة: لأنها سببُ العِلمِ، وسَواءٌ كان الخِيارُ للبائِع أو للمُشتَري.

لأبي يوسفَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أن الْمَشروطَ له الخِيارُ مُسلَّطٌ على الفَسخ من جِهة صاحِبِه؛ لتَمكُّنه منه بالشَّرط، وما ثَبَت الشَّرطُ إلا بهما، والْمُسلَّطُ على التَّصرُّف يَنفُذُ تَصرُّفُه بغَير مَحضَرٍ من الْمُسلِّط، كما يَنفُذُ تَصرُّفُ الوَكيلِ بالبَيع إذا باع بغَير مَحضَرِ من الْمُوكِّل، ولهذا لا يُشترَطُ رِضا الآخَرِ، فكذا لا يُشترَطُ حُضورُه.

واعتبَر[1] الفسخَ بالإجازة، فإنه مُخيَّرٌ بينَ الفسخِ والإجازةِ، ثم الإجازةُ تَتِمُّ بغَير مَحضَرِ[2] الآخَرِ، فكذا الفسخُ.

ولهما: أنه بالفَسخِ يُلزِمُ غيرَه حقًّا، فلا يَثبُتُ حُكمُ تَصرُّفِه في حقِّه ما لم يَعلَم به، كالْمُوكِّل إذا عَزَل الوَكيلَ حالَ غَيبتِه لا يَثبُتُ حُكمُ عزلِه في حقِّه ما لم يَعلَم به؛ ألا تَرى أن حُكمَ إيجابِ الشَّرعِ لا يَلزَمُ العبدَ ما لم يَعلَم به؛ دفعًا للضَّرَر عنه، فحُكمُ إيجابِ العبدِ أحَقُّ.

وهذا لأن العقدَ مُنعقِدٌ مع الخِيارِ، وبالفَسخ يَرتفِعُ الانعِقادُ في حقِّ الآخَرِ، ولا يَخلو عن الضَّرَر؛ فإنه إذا مَضت الْمُدّةُ يَظُنُّ أن البيعَ تَمَّ بِناءً على الظّاهِر، فيَتصرَّفُ فيه، ثم يَظهَرُ أنه تَصرَّف في مال غيرِه، فيَلحَقُه الضَّمانُ بالهَلاك فيما إذا كان الخِيارُ للبائِع.

وإذا كان الخِيارُ للمُشتَري فالبائِعُ لا يَطلُبُ لسِلعته مُشتريًا آخرَ؛ بِناءً على أن البيعَ تَمَّ بمُضِيِّ الْمُدّةِ، فإذا جاء الْمُشتَري بعدَه، وأخبَره أنه كان فَسَخ العقدَ.. فلو ثَبَت حُكمُ الفسخِ في حقِّه لتَضرَّر به البائِعُ، وهذا ضرَرٌ يَلحَقُه بتَصرُّف الْمُشتَري، فيَتوقَّفُ على عِلمه، ولو تَضرَّر به الْمُشتَري فهو ضرَرٌ يَلحَقُه لا من جِهة البائِعِ، بل لعَجزه عن تَحصيل شرطِ صِحّةِ الفسخِ.

وبه فارَق الإجازةَ؛ فإنه لا يُلزِمُ الآخَرَ بإجازته شيئًا؛ لأن العقدَ لازِمٌ من جانِب الْمَشروطِ عليه الخِيارُ، وكيف يُقالُ: هو مُسلَّطٌ على الفَسخ من جِهة صاحِبه وصاحِبُه لا يَملِكُ الفسخَ؟! ولا تَسليطَ فيما لا يَملِكُه الْمُسلِّطُ، ولكن إنما يَتمكَّنُ من الفَسخ: لأن العقدَ غيرُ لازِمٍ في حقِّه، وبفَوات صِفةِ اللُّزومِ يَتمكَّنُ من الفَسخ بلا رِضا صاحِبِه،

---

(١) في (أ): واعتبرا. وانظر «المبسوط» ١٣/ ٤٤.

(٢) في (هـ): رضا.

ولكن لا يَتمكَّنُ من الفَسخِ بلا عِلمه، كما في الوَكالات، والشَّرِكاتِ، والْمُضارَباتِ.

وهذا بخِلاف الوَكيلِ؛ حيث يَتصرَّفُ بغَير عِلمِ الْمُوكِّلِ: لأنه مُسلَّطٌ على التَّصرُّف من جِهة الْمُوكِّلِ، فتَسليطُه إيّاه على التَّصرُّف فوقَ عِلمِه به.

ولا يَلزَمُ ما إذا كان الخِيارُ للبائِع، فأعتَق الْمَبيعةَ، أو دبَّر، أو كاتَب، أو رَهَن، أو وَطِئ، أو قبَّل بشَهوةٍ، أو وَهَب، أو آجَر: فإنه يَنتقِضُ البيعُ وإن لم يَعلَم الْمُشتَري؛ لأن ثُبوتَ الفسخِ هنا ضِمنيٌّ لا بقَصد الْمُتصرِّفِ، فلا يَتوقَّفُ على العِلم، كالْمُوكِّل إذا أعتَق العبدَ الذي وُكِّل ببَيعه يَنعزِلُ الوَكيلُ وإن لم يَعلَم به، بخِلاف ما لو عَزَله قصدًا.

ولو فَسَخ في حال غَيبةِ صاحِبه.. فإن بَلَغه قبلَ مُضِيِّ الْمُدّةِ: انتَقَض البيعُ؛ لحُصول العِلمِ به، وإن بَلَغه بعدَ مُضِيِّ الْمُدّةِ: تَمَّ البيعُ؛ لأن تَمامَ الْمُدّةِ دَلالةُ لُزومِ البيعِ، فإذا اعترَض في حال تَوقُّفِ الفسخِ أبطَل الفسخَ.

وتَمَّ العقدُ بمَوته (ك ف).

وتَمَّ العقدُ بمَوت مَن له خِيارٌ، وبَطَل خِيارُه.

وقال مالِكٌ[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَنفسِخُ العقدُ؛ لأنه وُجِد مع الخِيارِ، وتَعذَّر إبقاؤُه كذلك، فيَنفسِخُ.

ولنا: أن المانِعَ من لُزوم العقدِ الخِيارُ، وقد بَطَل، فيَلزَمُ العقدُ، ولا يَنتقِلُ إلى وَرَثته.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُورَثُ عنه، ويَقومُ وارِثُ مَن له الخِيارُ مَقامَه في التَّصرُّف بحُكم الخِيارِ.

وأجمَعوا على أنه لو مات مَن عليه الخِيارُ يَبقى الخِيارُ.

---

(١) في (ب): أبو يوسف.

له: أنه حقٌّ لازِمٌ، حتى لا[1] يَملِكُ مَن عليه إبطالَه؛ لأنه ثَبَت في البَيع، فيُورَثُ، كمِلك الْمَبيعِ، والثَّمَنِ، وحقِّ الكَفالةِ، والرَّهنِ، وخِيارِ العَيبِ والتَّعيينِ.

ولنا: أن الخِيارَ مَشيئتُه في ردِّه؛ فإنَّ مَعنى قولِنا: (فُلانٌ بالخِيار في كذا): أي الْمَشيئةُ إليه، إن شاء فَعَل وإن شاء لم يَفعَل، ومَشيئتُه صِفتُه لا تُزايِلُه، فلا تَحتمِلُ الانتِقالَ منه إلى غَيره، والإرثُ فيما يَحتمِلُ الانتِقالَ إلى الوارِث، فأما ما لا يَحتمِلُ الانتِقالَ، كالأَوصاف[2]: فلا يُورَثُ، كمِلكه في مَنكوحته وأُمِّ ولَدِه.

والعقدُ لا يَنتقِلُ إلى الوارِث؛ لأنه إنما يُورَثُ ما كان قائِمًا، والعقدُ قولٌ قد مَضى وتَلاشى، فلا يُتصوَّرُ انتِقالُه إلى الوارِث.

وخِيارُ العَيبِ لا يُورَثُ؛ فإن الخِيارَ الذي كان للمَيْت بَطَل بمَوته، وإنما يَثبُتُ له خِيارٌ مُبتدَأٌ بإرث ما يُوجِبُ الخِيارَ، وهو مِلكُ الْمَبيعِ سَليمًا عن العَيب، كما أوجَبه العقدُ للمَيْت سَليمًا عن العَيب، فيَجِبُ للوارِث بهذا الوصفِ.

ولَمّا استَحقَّه سَليمًا عن العَيب استَحقَّ مُطالَبةَ البائِعِ بالتَّسليم سَليمًا[3]؛ ألا تَرى أن الخِيارَ قد يَثبُتُ للوارِث ابتِداءً وإن لم يكن ثابِتًا للمُورِّث، بأن تَعيَّب الْمَبيعُ في يَد البائِعِ بعدَ موتِ الْمُشتَري قبلَ أن يَقبِضَه الوارِثُ.

بخِلاف خِيارِ الشَّرطِ؛ فإن السَّبَبَ -وهو الشَّرطُ- لا يُوجَدُ في حقِّ الوارِثِ، فلا يُمكِنُ التَّوريثُ فيه.

---

(١) سقطت من (ب).

(٢) مثبتة من (و).

(٣) في (و) هنا زيادة: فلما عجز، سبب له حق الرجوع في رأس المال بالفسخ، كما أوجبه العقد سلامة بإزاء سلامة تثبت أنه لم يورث خيار العيب.

وخِيارُ التَّعيينِ الثَّابتُ بالشَّرط لا يُورَثُ، وسَقَط[1]، ولكنه وَرِث الْمَبيعَ مَجهولًا مُختلِطًا بمِلك الغيرِ، فيَثبُتُ له خِيارُ التَّعيينِ ابتِداءً، كمن اختلَط مالُه بمال رَجُلٍ.. يَثبُتُ له خِيارُ التَّعيينِ.

ومُضِيِّ الْمُدّةِ(ك).

ومُضِيِّ الْمُدّةِ، أي إذا مَضت مُدّةُ الخِيارِ تَمَّ البيعُ، خِلافًا لمالِكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: أن الخِيارَ مَشروطٌ للإجازة، فإذا مَضت فاتت، فبَطَل العقدُ.

وعندَنا: مَشروطٌ للفَسخ، فإذا مَضت الْمُدّةُ ولم يَفسَخ: تَمَّ العقدُ.

والإعتاقِ، وتَوابِعِه.

والإعتاقِ وتَوابِعِه، أي لو أعتَق الْمُشتَري، أو دَبَّر، أو كاتَب، والخِيارُ له: تَمَّ العقدُ؛ لأن هذه التَّصرُّفاتِ دَليلُ التَّملُّكِ.

والأخذِ بشُفعةٍ.

والأخذِ بشُفعةٍ، أي لو اشتَرى دارًا على أنه بالخِيار ثَلاثةَ أيّامٍ، فباع رَجُلٌ دارًا بجَنبِها، فأخَذها الْمُشتَري بشُفعةٍ: صَحَّ أخذُه، وكان أخذُه بالشُّفعة رِضًا بالبَيع.

فإن قِيل: يَنبَغي أن لا تَجِبَ الشُّفعةُ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن الْمُشتريَ لم يَملِك الدّارَ الْمُشتراةَ عندَه، كما لا تَثبُتُ له الشُّفعةُ إذا كان الخِيارُ للبائِع.

قُلنا: طلَبُ الشُّفعةِ من الْمُشتَري دَليلٌ على اختِياره الْمِلكَ في الدّار الْمُشتراةِ؛ لأن الأخذَ بالشُّفعة لدَفع ضَرَرِ الجِوارِ، وذا باستِدامة الْمِلكِ، فيَتضمَّنُ ذلك سُقوطَ الخِيارِ سابِقًا عليه، فيَثبُتُ الْمِلكُ للمُشتَري في الدّار الْمُشتَراةِ من وَقت الشِّراءِ، فظَهَر أن

---

(١) في (ج): فيسقط، وفي (د): فسقط.

الجِوارَ[1] كان سابِقًا، فلهذا وَجَبت الشُّفعةُ، وصار رِضًا بالبَيع.

ومسِّه بشَهوةٍ، ومسِّها(م).

ومسِّه بشَهوةٍ، ومسِّها، أي لو مَسَّ الْمُشتَري الْمُشتراةَ بشَهوةٍ، أو مَسَّته بشَهوةٍ: سَقَط خِيارُه، وتَمَّ البيعُ؛ لأن مسَّه لا يَحِلُّ إلا بالْمِلك، فإقدامُه عليه دَليلُ الرِّضا بتقرُّر مِلكِه فيها، كوَطئها[2].

وكذا مسُّها يُوجِبُ حُرمةَ الْمُصاهَرةِ، فتَعيَّبت بعَيبٍ لم يكن عندَ البائعِ؛ لأنها كانت تَحِلُّ لأَب الْمُشتَري وابنِه، والآنَ لا.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَبطُلُ خِيارُه؛ لأنه لم يُوجَد من الْمُشتَري ما يَدُلُّ على الرِّضا ببُطلانه.

وشَرطُ[3] الخِيارُ لغَيره: صحّ(ز و)، وأيٌّ[4] أجاز أو نَقَض: صحّ، فإن أَجاز أَحدُهما ونَقَض الآخَرُ: فالأسبَقُ أحقُّ، ولو كانا معًا: فالفسخُ(و) أَولى.

وإذا شَرَط أحدُ الْمُتابِعَين الخِيارَ لغَيره صَحَّ استِحسانًا.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَفسُدُ العقدُ، وهو القِياسُ؛ لأن الخِيارَ إذا شُرِط صار حُكمًا من أَحكام العقدِ، وحقًّا من حُقوقه، فاشتِراطُه لغَير العاقِدِ خِلافُ ما يَقتَضيه العقدُ، فيَفسُدُ، كشَرط الْمِلكِ لغَير العاقِدِ في الثَّمَن أو الْمَبيعِ.

ولنا: أن الخِيارَ لغَير العاقِدِ لا يَصِحُّ إلا نِيابةً عن العاقِد، فوَجَب تَقديمُ الخِيارِ

(١) في (و): الجواز.

(٢) في (أ): لوطئها.

(٣) في (ن) و(س): شرط، وفي (ع): اشترى وشرط.

(٤) في (ن): وإن.

للعاقِد مُقتَضى صِحّتِه، ثم يُجعَلُ غيرُ العاقِدِ نائبًا عن العاقِد؛ تَصحيحًا لتَصرُّفه؛ لأن اشتِراطَ ما يَجِبُ بالعَقد لغَير العاقِدِ يَجوزُ بحُكم النِّيابةِ، وإن لم يَجُز أصالةً، فيُصحَّحُ[1] من هذا الوجهِ.

وزفرُ رَحِمَهُ اللَّهُ لا يَرى تَقديمَ الزِّيادةِ اقتِضاءً، كما اختَلَفوا فيمن قال لآخَرَ: (أعتِق عبدَكَ عنّي بألفٍ)، فأعتَق.. فإن الآمِرَ يَصيرُ مُشترِيًا منه أوّلًا، ثم مُوكِّلًا إيّاه بالعَتق عندَنا؛ تَصحيحًا للأمر، فهذه فرعُ تلك.

إذا[2] صَحَّ ذلك يَكونُ لكلِّ واحِدٍ منهما الخِيارُ، وأيُّهما أَجاز أو نَقَض: صَحّ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما يَملِكُ التَّصرُّفَ، أما الْمُشتَري: فبالأَصالة، وأما الآخَرُ[3]: فبالإِنابة.

فإن أَجاز أَحدُهما، ونَقَض الآخَرُ: فالسّابِقُ أَحقُّ، ردًّا كان أو إجازةً؛ لأن بردِّ السّابِقِ منهما انفَسَخ العقدُ، والْمَفسوخُ لا يُجازُ، وبإِجازة السّابِقِ منهما انبَرَم العقدُ، وبعدَ انبِرامِ العقدِ لا يَنفرِدُ أحدُ العاقِدَين بفَسخه.

وإن كان الأَمران معًا: فالفسخُ أَحَقُّ في رِواية الْمَأذونِ.

وقال في بُيوع «الأصلِ»: تَصرُّفُ المالِكِ أَولى، نقضًا كان أو إجازةً؛ لأن الصّادرَ عن نِيابةٍ لا يَصلُحُ مُعارِضًا للصّادِرِ عن أصالةٍ؛ ألا تَرى أنه لا يَقدِرُ على مَنعه قصدًا، فلا يَصلُحُ مانِعًا بدَلالة تَصرُّفِه.

وتَصرُّفُ النّائب يُعارِضُه تَصرُّفُ الأصيلِ؛ ألا تَرى أنه يَقدِرُ على مَنعه قصدًا، فيَصلُحُ مانِعًا بدَلالة التَّصرُّفِ؛ لأن الحاجةَ إلى النّائب عندَ امتِناعِ الْمَنوبِ عنه عن

---

(١) في (هـ): فيصح، وفي (و): ويصحح.

(٢) في (هـ): فإذا.

(٣) في (هـ): وأما البائع.

التَّصرُّف بنفسه، فإذا تصرَّف بنفسه فاتت الحاجةُ.

فإذَنْ تصرُّفُ أحَدِهما لم يُقارِنه[1] ما يُعارِضُه، وتَصرُّفُ الآخَرِ قارَنه ما يُعارِضُه، فكان الخالِي عن الْمُعارِض أقوى، فكان أولى.

وجهُ الأوَّلِ[2] -وهو الأصَحُّ-: أن العمَلَ بهما[3] لما تَعذَّر -إذ العقدُ[4] الواحِدُ لا يَكونُ مَفسوخًا ومُجازًا- وَجَب العمَلُ بالرّاجِح منهما، ولا يُمكِنُ التَّرجيحُ بحال العاقِدِ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما مالِكٌ للتَّصرُّف، فرَجَّحنا بحال التَّصرُّفِ، فقُلنا: الفسخُ أَولى؛ لأنه أَقوى؛ إذ الإجازةُ لا تَرِدُ على الفَسخ، فالْمَفسوخُ لا يُجازُ، والفسخُ يَرِدُ على الإجازة، فالْمُجازُ يُفسَخُ، فإذا اجتَمَعا كان الفسخُ أَولى، كنِكاح الحُرّةِ مع نِكاحِ الأمةِ إذا اجتَمَعا كان نِكاحُ الحُرّةِ أَولى بالجَواز؛ لأنه يَرِدُ على نِكاح الأمةِ، ونِكاحُ الأمةِ لا يَرِدُ على نِكاح الحُرّةِ.

ولأن الاحتِياطَ فيه، فالفسخُ يُوجِبُ الحُرمةَ على الْمُشتَري، والإجازةُ تُوجِبُ الإباحةَ، والْمُحرِّمُ راجِحٌ على الْمُبيح.

فإن قِيل: هذا اعتِبارُ[5] جانِبِ الْمُشتَري، واعتِبارُ جانِبِ البائِعِ يُوجِبُ رُجحانَ الإجازةِ؛ لأنها تُوجِبُ الحُرمةَ في حقِّه، والفسخُ يُوجِبُ الإباحةَ في حقِّه.

قُلنا: مُراعاةُ جانِبِ الْمُشتَري أحَقُّ؛ لأنّا نَحتاجُ في جانِبه إلى إِثبات الحِلِّ ابتِداءً؛ لأنه لم يكن ثابِتًا، وفي جانِب البائِعِ إلى إِبقاء الحِلِّ؛ لأن الحِلَّ كان ثابِتًا له، وبالفَسخ

---

(١) في (هـ): أحدهما أولاً لم يقارنه.

(٢) في (أ): الأولى.

(٣) في (ب): بها.

(٤) في (هـ): تعذر أداء العقد.

(٥) في (أ): اختيار.

يَعودُ إليه قَديمُ مِلكِه، والبَقاءُ أسهَلُ من الابتِداء.

وقيل: ما ذُكِر في المَأذون قولُ أبي يوسفَ[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه لا يُقدِّمُ وِلايةَ المالِكِ، بل يُسوِّي بينَهما، وما ذُكِر في البُيوع قولُ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه يُقدِّمُ وِلايةَ المِلكِ على وِلايةِ النِّيابةِ.

وأصلُه: أن الوَكيلَ ببَيعِ العبدِ إذا باعه من إنسانٍ، وباعه المُوكِّلُ من غَيره، وخَرَج الكَلامان معًا: فبيعُ المُوكِّلِ أَولى عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وأبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يَعتبِرُهما، ويَجعَلُ العبدَ بينَهما نِصفَين، ويُخيِّرُ كلَّ واحِدٍ منهما، إن شاء أخَذ النِّصفَ بنِصف الثَّمنِ، وإن شاء نَقَض البيعَ؛ لتفرُّق الصَّفْقةِ.

باع عَبدَين بالخِيار في أحَدهما.. إن فَصَّل وعَيَّنه: صحّ، وإلا لا.

ومن باع عَبدَين بألفٍ على أنه بالخِيار في أحَدهما، أو كان الخِيارُ للمُشتَري.. إن فَصَّل الثَّمَنَ وعَيَّن الذي فيه الخِيارُ: صَحّ، وإلا لا.

والمَسألةُ على أربَعة أوجُهٍ:

أحَدُها: أن يُفصِّلَ الثَّمَنَ، ويُعيِّنَ الذي فيه الخِيارُ.

والثّاني: أن لا يُفصِّلَ الثَّمَنَ، ولا يُعيِّنَ الذي فيه الخِيارُ.

والثّالثُ: أن يُفصِّلَ الثَّمَنَ، ولا يُعيِّنَ الذي فيه الخِيارُ.

والرّابعُ: أن يُعيِّنَ الذي فيه الخِيارُ، ولا يُفصِّلَ الثَّمَنَ.

والبيعُ جائزٌ في الوَجه الأوَّلِ دونَ ما عَداه.

أما الجَوازُ في الوَجه الأوَّلِ: فلأن المَبيعَ مَعلومٌ، والثَّمَنَ مَعلومٌ، فلا فَسادَ من قِبَل

(١) في (هـ): قول الشافعي وأبي يوسف.

الجَهالةِ، غيرَ أنه تعلَّق القَبولُ في الذي لا خِيارَ فيه بقَبول الآخَرِ، ولكنه شرطٌ صَحيحٌ؛ لأن الذي فيه الخِيارُ داخِلٌ في العَقد، وإن لم يَدخُل في الحُكم، وإذا دَخَل في العَقد صار قَبولُه شرطًا صَحيحًا بمَنزِلة الْمُدبَّرِ وأُمِّ الولَدِ.

بخِلاف ما لو اشتَرى ثَوبَين على أنهما هَرَويّان، فإذا أحَدُهما مَرْويٌّ؛ لأنه غيرُ داخِلٍ في العَقد أصلًا.

وأما الفَسادُ في الوَجه الثّاني: فلجَهالة الْمَبيعِ والثَّمَنِ؛ لأن من فيه الخِيارُ غيرُ داخِلٍ في الحُكم، فبَقِي الآخَرُ وحدَه في الحُكم، وهو مَجهولٌ، وثَمَنُه مَجهولٌ؛ لأنه يَثبُتُ بالحِصّة بطَريق التَّقسيمِ عليه وعلى ما لم يَدخُل في الحُكم، والحِصّةُ مَجهولةٌ، فصار كبَيع أحدِ العَبدَين.

وأما الثّالثُ: فلأن من فيه الخِيارُ غيرُ داخِلٍ في الحُكم، فبَقِي الآخَرُ وحدَه، وهو[1] مَجهولٌ، فصار الْمَبيعُ مَجهولًا.

وأما الرّابعُ: فلأن من فيه الخِيارُ غيرُ داخِلٍ في الحُكم، فبَقِي الآخَرُ وحدَه، وثَمَنُه مَجهولٌ؛ لأنه يَثبُتُ بطَريق الحِصّةِ بالتَّقسيم، فصار كالذي لم يَدخُل تحتَ العقدِ أصلًا.

فإن قِيل: أليس إنه لو اشتَرى عَبدَين بألفٍ، فإذا أحَدُهما مُدبَّرٌ أو مُكاتَبٌ: فإن العقدَ يَنعقِدُ صَحيحًا في القِنّ، وإن كان الانعِقادُ في حقِّ القِنِّ بالحِصّة؟

قُلنا: قال بعضُ مَشايِخِنا: على قِياس ما ذُكِر هنا لا يَصِحُّ العقدُ في القِنِّ في تلك الْمَسألةِ، وصار ما ذُكِر هنا روايةً في تلك الْمَسألةِ.

وبعضُهم فرَّقوا، ووجهُه: أن الخِيارَ يَمنَعُ انعِقادَ العقدِ في حقِّ الحُكمِ، ويَجعَلُ العقدَ كالْمَعدوم في حقِّ الحُكمِ فيما شُرِط فيه الخِيارُ، فلو انعقَد العقدُ في حقِّ الآخَرِ

(١) في (أ): وثمنه.

يَنعقِدُ بحِصّته ابتداءً، وذا لا يَجوزُ.

وفي المُدبَّر والمُكاتَبِ البيعُ مُنعقِدٌ في حقِّ الحُكمِ؛ إذ لم يُوجَد في حقِّهما ما يَمنَعُ انعِقادَ العقدِ، ولهذا لو قُضِي بجَواز بيعِهما يَجوزُ، ولكن لم يَثبُت الحُكمُ: صِيانةً لحقِّهما، والصِّيانةُ تَحصُلُ بمُجرَّد منعِ الحُكمِ، فلا ضَرورةَ إلى جَعل العقدِ غيرَ مُنعقِدٍ في حقِّ الحُكمِ.

وإذا انعَقَد العقدُ في حقِّهما في حقِّ الحُكمِ كما انعقَد في حقِّ القِنِّ.. كان انقِسامُ الثَّمَنِ في حالة البَقاءِ عندَ فسخِ العقدِ عليهما، وذا لا يَمنَعُ الجَوازَ، كما لو باع عَبدَين، وهَلَكَ أحَدُهما قبلَ التَّسليمِ: فإن العقدَ يَبقى في الباقِي[1] بحِصّته من الثَّمَن.

ولو اشتَرى كَيليًّا، أو وَزنيًّا، أو عبدًا، بالخِيار في نِصفه: صحّ، فَصَّل أوْ لا، وله ردُّ النِّصفِ، بخِلاف(س م) خِيارِ الشَّرطِ والعَيبِ للمُشترِيَين.

ولو اشتَرى كَيليًّا، أو وَزنيًّا، أو عبدًا واحِدًا.. على أنه بالخِيار في نِصفه: صَحَّ، فَصَّل الثَّمَنَ أوْ لا؛ لأن النِّصفَ من الشَّيءِ الواحِدِ لا يَتفاوَتُ، فقِيمتُه أيضًا لا تَتفاوَتُ، فإذا كان ثَمَنُ الكلِّ مَعلومًا كان ثَمَنُ النِّصفِ أيضًا مَعلومًا، فالمَبيعُ مَعلومٌ؛ إذ الشُّيوعُ لا يَمنَعُ الجَوازَ، والثَّمَنُ كذلك، فجاز البيعُ.

بخِلاف ما مَرّ؛ لأن العبدَ الواحِدَ من العَبدَين يَتفاوَتُ، فقِيمتُه أيضًا تَتفاوَتُ، فكان حِصّةُ كلِّ واحِدٍ منهما مَجهولًا، فلهذا لم يَجُز البيعُ.

ولا فرقَ بينَ أن يَكونَ الخِيارُ للبائِع أو للمُشتَري، فإن كان الخِيارُ للمُشتَري فله أن يَرُدَّ النِّصفَ الذي شُرِط له الخِيارُ فيه، وإن كان فيه تَفريقُ الصَّفْقةِ على البائِع؛ لأنه رَضِي بهذا التَّفريقِ حيث أثبَت الخِيارَ للمُشتَري في النِّصف.

(١) في (هـ): في الثاني.

بخِلاف خِيارِ الشَّرطِ والعَيبِ للمُشترِيَين، أي إذا اشتَرى رَجُلان عبدًا على أنهما بالخِيار، فرَضِي أحَدُهما: فليس للآخَر أن يَرُدَّه عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وعندَهما: له أن يَرُدَّه.

وعلى هذا الخِلافِ: خِيارُ العَيبِ والرُّؤيةِ.

لهما: أن إثباتَ الخِيارِ لهما إثباتُه لكلِّ واحِدٍ منهما؛ لأنه شُرِع لدَفع[1] الغَبنِ، وكلُّ واحِدٍ منهما يَحتاجُ إلى دَفع الغَبنِ عن نَفسه، وليَختارَ من له الخِيارُ الأوفَقَ والأرفَقَ، فلو بَطَل بإبطال الآخَرِ لَمَا حَصَل هذا الْمَقصودُ.

وله: أن الْمَشروطَ خِيارُهما لا خِيارُ كلِّ واحِدٍ منهما، فلا يَنفرِدُ أحَدُهما بالرَّدّ، وحقُّ الرَّدِّ ثَبَت على وجهٍ لا يَتضرَّرُ به البائِعُ، وفي ردِّ أحَدِهما نَصيبَه إضرارٌ بالبائِع؛ إذ الْمَبيعُ خَرَج عن مِلكه غيرَ مَعيبٍ بعَيب الشِّرْكةِ، فلو رَدَّ أحَدُهما نَصيبَه لرَدَّه مَعيبًا بعَيب الشِّرْكةِ؛ إذ الشِّرْكةُ في الأَعيان الْمُجتمِعةِ عَيبٌ، فالبائِعُ لا يَتمكَّنُ من الانتِفاع به إلا بطَريق التَّهايُؤِ، وقد كان قبلَ البيعِ مُتمكِّنًا من الانتِفاع به متى شاء، والخِيارُ شُرِع ليَختارَ مَن له الخِيارُ الأوفَقَ والأرفَقَ على وجهٍ لا يُلحِقُ الضَّرَرَ بغَيره.

ومن ضَرورة إثباتِ الخِيارِ لهما الرِّضا بردِّهما؛ لتَصوُّر اجتِماعِهما على الرَّدّ، وليس من ضَرورته الرِّضا بردِّ أحَدِهما نَصيبَه؛ لِما فيه من ضَرَر عَيبِ الشِّرْكةِ، نعم! يَتضرَّرُ الرّادُّ في امتِناع الرَّدِّ، إلا أنه ضرَرٌ يَلحقُه لعَجزه عن تَحقيق شرطِ الرَّدِّ، لا بتَصرُّفٍ من البائِع، والبائِعُ يَتضرَّرُ بتَصرُّف الرّادِّ، فكان رِعايةُ جانِبِ البائِعِ أحَقَّ.

ولو سَلَّم[2] مَن لا خِيارَ فيه، أو قَبَض جبرًا، أو سَلَّمهما، أو قَبَضهما: لا يَصِحُّ.

---

(١) في سوى (أ) و(د): لرفع.

(٢) التسليم: بذل الرضا بالحكم. «الأنيس» ص٣٠.

ثم في العَبدَين إذا كان مَن فيه الخِيارُ مَعلومًا، وبيَّن ثَمَنَ كلِّ واحِدٍ، حتى جاز البيعُ، والخِيارُ للبائِع أو للمُشتَري، فأَراد البائِعُ أن يُسلِّمَ من لا خِيارَ فيه إلى الْمُشتَري جبرًا، أو أَراد الْمُشتَري أن يَقبِضَ مَن لا خِيارَ فيه ويَنقُدَ ثَمَنَه جبرًا، أو أَراد البائِعُ أن يُسلِّمَ العَبدَين إلى الْمُشتَري، أو أَراد الْمُشتَري أن يَقبِضَهما ويَنقُدَ ثَمَنَهما جبرًا: لا يَصِحُّ.

لأن في الأوَّل[1] تَفريقَ الصَّفْقةِ على الْمُشتَري.

وفي الثّاني على البائِع.

وفي الثّالِث جبرًا على قَبض ما لم يَملِكه، وعندَهما: وإن مَلَكه إذا كان الخِيارُ للمُشتَري.. ولكن لم يَلزَمه ثَمَنُه، فلا يُجبرُ على قَبض ما لم يَلزَمه ثَمَنُه.

وفي الرّابع جبرًا على تَسليم ما لم يَملِك ثَمَنَه، أو على قَبض ثَمَنٍ لم يَملِكه.

باع عبدًا على أنه أو مُشتريَه بالخِيار: لا يُجبرُ على تَسليمه، وإن نَقَد.
وصحَّ إبراءُ الثَّمَنِ.

ولو باع عبدًا على أن البائِعَ أو[2] الْمُشتريَ بالخِيار: لا يُجبرُ البائِعُ على تَسليم الْمَبيعِ، وإن نَقَد الْمُشتَري الثَّمَنَ؛ لِما مَرَّ.

وصَحَّ إبراءُ البائِعِ الْمُشتريَ عن الثَّمَن، والخِيارُ للبائِع أو للمُشتَري؛ استِحسانًا؛ لأنه أبرَأه بعدَ وُجودِ سببِ الوُجوبِ.

ولو شيئًا يَفسُدُ والخِيارُ للمُشتَري: يُجبرُ على أن يَفسَخَ أو يَقبِضَ، ولا يَنقُدُ[3] في الحال.

---

(١) في (هـ): لأن حكمه في الأول..

(٢) في (ب): و.

(٣) في (م) و(ع): ولا ينفذ.

ولو كان الْمَبيعُ شيئًا يَفسُدُ في مُدّة الخِيارِ، كالسَّمَك الطَّرِيّ، والرُّطَبِ الجَنِيّ، والخِيارُ للمُشتَري.. فالقِياسُ: أن لا يُجبرَ الْمُشتَري على شيءٍ، وفي الاستِحسان: يُجبرُ على أن يَفسَخَ، أو يَقبِضَ ولا يَنقُدَ الثَّمَنَ في الحال؛ لأن الْمُشتريَ أقلُّهما ضررًا؛ لأنه قادِرٌ على أكله وبيعِه قبلَ أن يَفسُدَ، والبائعُ لا يَقدِرُ عليهما، وإذا تَقابَلَ الضَّرَران يُتحمَّلُ الأَدنى لدَفع الأَعلى.

فإن فَسَد الْمَبيعُ في يَده: سَقَط خِيارُه، ولَزِمه الثَّمَنُ، وإن لم يَفسُد فهو على خِيارِه.

قال: (هذا العبدُ لي ولزَيدٍ وبَكرٍ، وبِعتُك كلَّه): نَفَذ في نَصيبه، ولا خِيارَ إن فَسَخا، ولو لهما[1] وأَجاز أَحَدُهما، أو لزَيدٍ وأَجاز في نِصفه: خُيِّر(م).

رَجُلٌ قال لآخرَ: (هذا العبدُ لي ولزَيدٍ وبكرٍ، وبِعتُك كلَّه بغَير أمرِهما)، وسَلَّمه: نَفَذ البيعُ في نَصيبه، ويُوقَفُ في نَصيب زَيدٍ وبكرٍ، فإن حَضَرا وفَسَخا البيعَ: بَطَل في نَصيبهما، ولا خِيارَ للمُشتَري؛ لوُقوع البيعِ مُتفرِّقًا؛ لأنه انعقَد نافِذًا في نَصيب البائِعِ، ومَوقوفًا في نَصيب غيرِ البائِعِ، فكانت الصَّفْقةُ مُتفرِّقةً، فكان راضِيًا بالتَّفرُّق.

ولو كان العبدُ لزَيدٍ وبكرٍ، ولم يكن للبائِع شيءٌ، فباعه من رَجُلٍ، وأعلَمه أنه فُضوليٌّ، فأَجاز أَحَدُهما، ولم يُجِز الآخَرُ: له الخِيارُ عندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لوُقوع البيعِ جُملةً، فلم يَرضَ بالتَّفرُّق.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يُخيَّرُ[2]؛ لأنه لَمَّا اشتَراه مع عِلمِه أن أَحَدَهما يَتفرَّدُ بالإجازة والفسخِ.. صار راضِيًا بالتَّفرُّق.

وكذا لو كان العبدُ لزَيدٍ دونَ البائِعِ، فقال لرَجُلٍ: (بِعتُكه، لعله يُجيزُ)، فاشتَراه،

---

(١) في (م) و(ف): بينهما.

(٢) في (ب) و(هـ): لا يجبر.

فحَضَر زيدٌ، وأَجاز في نِصفه: خُيِّر الْمُشتَري؛ لوُقوع البيعِ جُملةً، والظّاهرُ من حال المالِكِ عدَمُ التَّفريقِ، فلم يَرضَ الْمُشتَري بالتَّفرُّق.

وصحَّ(ز ف) خِيارُ التَّعيينِ فيما دونَ الأربَعةِ(ك).

وصَحَّ خِيارُ التَّعيينِ فيما دونَ الأربَعةِ، حتى لو اشتَرى ثَوبَين أو ثَلاثةَ أثوابٍ على أن يَأخُذَ أيًّا شاء بعَشَرة دَراهِمَ، وهو بالخِيار ثَلاثةَ أيّامٍ: صَحّ، ولا يَصِحُّ في الأربَعة.

وعندَ مالِكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَصِحُّ، كما يَصِحُّ في الثَّلاثة.

وعندَ زفرَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: لا يَصِحُّ في الكلِّ قِياسًا؛ لأن الْمَبيعَ أحدُ الثَّوبَين أو الأثوابِ، وهو مَجهولٌ مُتفاوِتٌ، وجَهالةُ الْمَبيعِ فيما يَتفاوَتُ تَمنَعُ صِحّةَ العقدِ؛ لإفضائها إلى النِّزاع، كشاةٍ من القَطيع، وثَوبٍ من العِدل، وصار كما لو لم يُشترَط الخِيارُ.

ولنا: أنه في مَعنى شرطِ الخِيارِ؛ إذ الجَوازُ ثَمَّ للحاجة إلى التَّأمُّل والتَّروِّي ليَختارَ الأوفَقَ والأرفَقَ، مع أنه يُخالِفُ مُوجَبَ العقدِ، فكذا يَحتاجُ هنا إلى اختِيار من يَثِقُ به أو من يَشتَريه له، فربما يَشتَري شيئًا لعِياله، ولا يُعجِبُه استِصحابُ العِيالِ مع نفسِه إلى السُّوق، والبائِعُ لا تُسمِحُ قَرُونتُه(1) بالدَّفع إليه إلا بالضَّمان، بأن يَبتاعَه ولا يَدريَ الذي

(1) كذا في (أ) و(د)، وفي (ب) و(هـ): لا يسمح برؤيته، وفي (ج): لا تسمح نفسه.

ومعنى القرونة: النفس. كما في «المنتخب من غريب كلام العرب» ص١٥٥. وفي «لسان العرب» ١٣/ ٣٣٩: ويقال: أسمحت قُرُونه وقَرِينه وقَرُونته وقرينته.. أي ذلت نفسه وتابعته على الأمر، قال أوس بن حجر:

فلاقى امرأً من ميدعان، وأسمحت ... قَرونَتُه باليأس منها فعجّلا

أي طابت نفسه بتركها، وقيل: سامحت قرونه وقرونته وقرينته كله واحد؛ قال ابن بري: شاهِدُ قُرُونه قولُ الشاعر: =

يَليقُ بعِياله، فجُوِّز البيعُ على هذا الوجهِ: دفعًا للحاجة.

والجَهالةُ لا تُوجِبُ الفَسادَ لعَينها، بل لإفضائها إلى الْمُنازَعة، ولهذا صَحَّ بيعُ قَفيزٍ من صُبرةٍ مع جَهالتِه: لأنها لا تُفضِي إلى النِّزاع.

فإذا لم يُشرَط الخِيارُ للمُشتَري فالجَهالةُ تُفضِي إلى النِّزاع؛ لأن الْمُشتريَ يُطالِبُ بتَسليم الأرفَعِ، والبائِعَ يُسلِّمُ الأردَأ[1]، فيقَعان في الْمُنازَعة.

وإذا شُرِط الخِيارُ للمُشتَري فالجَهالةُ لا تُفضِي إلى النِّزاع؛ لأن الأمرَ صار مُفوَّضًا إلى الْمُشتَري، فيَختارُ أيًّا شاء، ويَرُدُّ الآخرَ.

والحاجةُ تَندفِعُ بالثَّلاثة؛ لاشتِمالها[2] على الجيِّد والرَّديءِ والوسَطِ، وفي الأربَعة إن عُدِم النِّزاعُ لم تُوجَد الحاجةُ، وهذه الرُّخصةُ قائِمةٌ بالوَصفَين، فلا تَقومُ بأحَدهما.

ثم قِيل: يُشترَطُ أن يَكونَ في هذا العقدِ خِيارُ الشَّرطِ مع خِيارِ التَّعيينِ، وهو الْمَذكورُ في «الجامعِ الصَّغيرِ»، **والصَّحيحُ**: أنه لا يُشترَطُ، وهو الْمَذكورُ في «الْمَبسوط» و«الجامِعِ الكَبيرِ»، وذِكرُ خِيارِ الشَّرطِ في «الجامعِ الصَّغيرِ» وَقَع اتفاقًا لا شرطًا.

وإذا لم يُذكَر خِيارُ الشَّرطِ فلا بُدَّ من تَوقيت خِيارِ التَّعيينِ بالثَّلاث أو بما دونَه عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وبما شاء العاقِدان عندَهما.

ثم ذُكِر في بَعض النُّسَخِ: (اشتَرى ثَوبَين)، وفي بَعضها: (اشتَرى أحدَ الثَّوبَين)، وهو **الصَّحيحُ**؛ لأن الْمُشتَرىٰ في الحَقيقة أحَدُهما، والآخَرُ أمانةٌ.

وقولُه: (اشتَرى ثَوبَين) استِعارةٌ ومَجازٌ؛ لاحتِمال أن يَكونَ كلُّ واحِدٍ منهما هو

=فإني مثل ما بك كان ما بي ... ولكن أسمحت عنهم قروني

(١) في (هـ): الأدنى.

(٢) في (أ): لاشتماله.

الْمَبيعَ، ولجَوازِ الإضافةِ إلى اثنين والْمُرادُ أحَدُهما، كقَوله[1] عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إذا سافَرتُما فأذِّنا وأقِيما»[2].

ثم إذا جاز البيعُ على هذا الوجهِ، وقَبَضهما الْمُشتَري: فأحَدُهما مَضمونٌ عليه بالثَّمَن، والآخَرُ مِلكُ البائِعِ، أمانةٌ في يَد الْمُشتَري؛ لأن الدّاخلَ تحتَ العقدِ أحَدُهما لا كِلاهما، والذي لم يَدخُل تحتَ العقدِ قُبِض بإِذن المالِكِ لا على سَوم الشِّراءِ والوَثيقةِ، فكان أمانةً في يَده، كالوَديعة.

فلو هَلَك أحَدُهما أو تَعيَّب، وعَجَز[3] عن ردِّه بحُكم الخِيارِ؛ لفَوات الشَّرطِ، وهو الرَّدُّ على الوَجه الذي قُبِض: تَعيَّن هو مَبيعًا، والآخَرُ أمانةٌ، فيَرُدُّ الآخَرَ.

ولا يُقالُ: إذا طَلَّق إِحدى امرَأتَيه، ثم ماتت إِحداهما: تَعيَّنت الباقِيةُ للطَّلاق دونَ الهالِكةِ، وهنا يَتعيَّنُ الهالِكُ للبَيع: لأن الهالِكَ يَهلِكُ على مِلكه في الفَصلَين.

أما الثَّوبُ: فلأنه يَهلِكُ على مِلكه؛ حيث تَعيَّن الباقِي للرَّدّ، وفي الطَّلاق تَهلِكُ الهالِكةُ على مِلكه؛ حيث تَعيَّنت الباقِيةُ للطَّلاق.

ولو هَلَكا: لَزِمه نِصفُ ثَمَنِ كلِّ واحِدٍ منهما، سَواءٌ كان الثَّمَنُ مُتَّفِقًا أو مُختلِفًا؛ لأن أحَدَهما غيرَ عَينٍ مَبيعٌ لَزِمه ثَمَنُه بالهَلاك في يَده، والآخَرَ أمانةٌ غيرُ مَضمونٍ عليه، وليس أحَدُهما لتَعيُّنه مَبيعًا بأَولى من الآخَر، فشاع حُكمُ الأمانةِ والبيعِ فيهما، فيَكونُ هو أمينًا في نِصف كلِّ واحِدٍ منهما، مُشتريًا نِصفَ كلِّ واحِدٍ منهما.

---

(١) في (أ) و(و): لقوله.

(٢) رواه البخاري (٦٣٠)، ومسلم (٦٧٤)، وأبو داود (٥٨٩)، والترمذي (٢٠٥)، والنسائي (٦٣٤)، إلا أن رواية الشيخين وأبي داود بلفظ: «خرجتما» بدل «سافرتما».

(٣) في (هـ): أو عجز.

وإن شُرِط مع ذلك خِيارُ الشَّرطِ: فلصاحِب الخِيارِ ردُّهما[1]، فإن مات مَن له الخِيارُ لا يَكونُ للوَرَثة ردُّهما؛ لأن خِيارَ الشَّرطِ بَطَل بمَوت العاقِدِ؛ لأنه لا يُورَثُ، فلم يَبقَ إلا خِيارُ التَّعيينِ؛ للاختِلاط[2]، فللوارِث ردُّ أحَدِهما، ولا يَتوقَّتُ[3] في حقِّه.

هذا إذا كان الخِيارُ للمُشتَري، فإن كان الخِيارُ للبائِع، بأن قال البائِعُ: (بِعتُك أحدَ هذين الثَّوبَين على أنّي بالخِيار، أُعيِّنُ[4] البيعَ[5] في أحَدهما دونَ الآخرِ): **فالأصَحُّ** أنه يَصِحُّ، كخِيار الشَّرطِ.

وذَكَر في «الْمُجرَّد»: أنه لا يَصِحُّ؛ لأن الحاجةَ مَسَّت إليه في جانِب الْمُشتَري ليَختارَ الأوفَقَ والأرفَقَ من يَشتَريه لأجْله، دونَ البائِعِ؛ لأن الْمَبيعَ كان معه قبلَ البيعِ، فيُردُّ جانِبُ البائِعِ إلى القِياس.

ومن باع عبدًا على أنه خبّازٌ أو كاتِبٌ، وكان بخِلافه: فالْمُشتَري[6] بالخِيار، إن شاء أخَذه بكلِّ الثَّمنِ، وإن شاء تَرَك؛ لفَوات الوصفِ الْمَرغوبِ.

ومَوضِعُ تَقريرِ الْمَسألةِ في باب خِيارِ العَيبِ.

---

(١) في (هـ): ردها.

(٢) في (ب): للاحتياط.

(٣) في (ب) و(هـ): ولا يتوقف.

(٤) في (ب) و(هـ): عين.

(٥) في (ب) و(د): المبيع.

(٦) في (ب): والمشتري.

فَصْلٌ

[في الوكالة بالبيع والشراء]

الأصلُ: أن تَصرُّفَ الْمَأمورِ إن وافَق أمْرَ الآمِرِ نَفَذ على الآمِر، وإن خالَف أمْرَه لم يَنفُذ؛ لأن النَّفاذَ بحُكم الأمرِ، وفيما خالَف لم يُوجَد الأمرُ.

إلا إذا كان خِلافًا إلى خيرٍ، وهو من جِنس الْمَأمورِ به، بأن وَكَّله ببَيع عبدِه بألفٍ، فباعه بألفٍ ومِائةٍ.. فإنه يَنفُذُ عليه؛ لأنه مُوافَقةٌ مَعنًى، ولو باعه بمِائة دِينارٍ لا يَنفُذُ عليه، وإن كان خيرًا؛ لأنه قد يَرغَبُ في أحَد الجِنسَين دونَ الآخَرِ.

وإن كان الخِلافُ إلى شرٍّ.. إن وَجَد نَفاذًا على الْمَأمور: نَفَذ عليه، كالشِّراء، وإن لم يَجِد نَفاذًا عليه: تَوقَّف على إجازة الآمِرِ، كالبَيع؛ لأنه لما خالَف صار فُضوليًّا، وشِراءُ الفُضوليِّ لا يَتوقَّفُ؛ لإمكان النَّفاذِ على الْمُشتَري، وبيعُه يَتوقَّفُ.

أمَر رَجُلًا ببَيع عبدِه بالخِيار للآمِر، فباع باتًّا[1]، أو لنَفسه[2]: تَوقَّف.

رَجُلٌ أمَر آخرَ بأن يَبيعَ عبدَه ويَشترِطَ[3] الخِيارَ للآمِرِ، فباعه باتًّا بغَير خِيارٍ، أو بشَرط الخِيارِ لنَفسه: تَوقَّف؛ لأنه أمَره ببيعٍ لا يُزيلُ الْمِلكَ إلا برِضا الآمِرِ، وقد أَتى بخِلافه.

ولو قال: (فاسِدًا)، فعَكَس: نَفَذ[4].

---

(١) البيع البات: هو البيعي القطعي. «التعريفات الفقهية» ص٤٧.

(٢) في (ن): أو به لنفسه.

(٣) في (ب): وشرط.

ولو أمَره ببيعٍ فاسِدٍ، فأتى ببيعٍ صَحيحٍ: نَفَذ على الآمِر.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَنفُذُ عليه؛ لأنه أمَره ببيعٍ لا يُزيلُ مِلكَه بنفس العقدِ، وقد أتى ببيعٍ يُزيلُ مِلكَه بنفسه، فصار كالوَكيل بالبَيع بشَرط الخِيارِ إذا باع بيعًا باتًّا.

ولهما: أنه خالَف إلى خيرٍ؛ لأنه أمَره بأن يُطعِمَه حَرامًا، وقد أطعَمه حَلالًا.

ولا نُسلِّمُ بأنه وَكَّله ببيعٍ لا يُزيلُ الْمِلكَ بنفسه؛ فالبيعُ الفاسِدُ قد يُزيلُ الْمِلكَ بنَفسه، بأن كان الْمَبيعُ مَقبوضًا للمُشتَري.

ولو امتَثَل: خُيِّرا، كأَمره به مُطلَقًا، أو بخِيار نفسِه، فشُرِط للآمِر، أو لثالِثٍ.

ولو امتَثَل[1]، بأن شَرَط الخِيارَ للآمِر: ثَبَت الخِيارُ لهما، وأيُّهما أَجاز أو نَقَض: صَحّ، غيرَ أن الْمَأمورَ إن أَجاز بَطَل خِيارُه، وبَقِي الآمِرُ على خِياره؛ لأنه لم يَرضَ بزَوال مِلكِه من غَير إجازتِه[2]، ويَكونُ الباقِي خِيارَ الإجازةِ، حتى لا يَتوقَّتُ بمُدّةٍ.

وكذا لو أمَره بالبَيع مُطلَقًا، أو بشَرط الخِيارِ لنَفسه، فباع وشَرَط الخِيارَ للآمِرِ أو لأجنَبيٍّ: ثَبَت خِيارٌ لهما؛ لِما مَرَّ أن اشتِراطَ الخِيارِ لغَير العاقِدِ اشتِراطٌ لنَفسه.

أمَره بشِراء مُعيَّنٍ بخِيار الآمِرِ، فأطلَق: لَزِم الْمَأمورَ، ولو امتَثَل: خُيِّرا.

ولو أمَره بشِراء عبدٍ مُعيَّنٍ بشَرط الخِيارِ للآمِر، فاشتَرى بغَير خِيارٍ: لَزِم الْمَأمورَ؛ لأنه خالَف إلى شرٍّ، وقد وَجَد نَفاذًا عليه، بخِلاف البيعِ؛ وهذا لأنه أمَره بعقدٍ لا يَلزَمُ حُكمُه إلا بإجازته، فإذا اشتَراه بغَير خِيارٍ فقد خالَف أمْرَه.

وبإجازة الْمَأمورِ: لا يَلزَمُ.

---

(١) في (ب): أمسك.

(٢) هذه الجملة مثبتة من (و).

فلو نَقَض بِحَضرة البائعِ: لَزِم الْمَأمورَ.

ولو امتثَل وشَرَط الخِيارَ للآمِرِ: ثَبَت الخِيارُ لهما، فأيُّهما نَقَض أو أَجاز: صَحّ، غيرَ أنه إن أَجاز الْمَأمورُ بَطَل خِيارُه، ولكن لا يَلزَمُ العقدُ، حتى يَبقى الآمِرُ على خِيارِه؛ لأن الآمِرَ لم يَرضَ بلُزوم العقدِ بإجازة الوَكيلِ، فلو نَقَض الآمِرُ بحَضرة البائعِ بعدَ إجازةِ الْمَأمورِ لَزِم العقدُ على الْمَأمور؛ لأن إجازتَه قد صَحَّت، وإنما لم تَعمَل لحقِّ الآمِرِ، فإذا زال حقُّه بالنَّقض[1] عَمِلت إجازتُه.

فلو قال: (رُدَّه)، فأَجاز، أو كان أَجاز قبلَه: يَهلِكُ على الآمِرِ.

فلو قال الآمِرُ: (رُدَّ هذا العبدَ؛ فإنه لا حاجةَ لي فيه)، فأَجاز الْمَأمورُ، أو كان أَجاز قبْلَه، ثم هَلَك: يَهلِكُ على الآمِرِ؛ لأن قولَه: (رُدَّه) أمرٌ بالنَّقض، والأمرُ بالنَّقض لا يَكونُ نقضًا.

ولو أَمَره بردِّه، فباع: تَوقَّف، فإن أَجاز الآمِرُ: فالثَّمَنُ له، وطاب الرِّبحُ، وإن نَقَض: لَزِم الْمَأمورَ، وبَطَل بيعُه، كفُضوليٍّ باع، فمَلَك.

فلو أَمَره بردِّه، فباعه الْمَأمورُ: تَوقَّف العقدُ على إِجازة الآمرِ؛ لِما مَرَّ أن قولَه: (رُدَّه) ليس بنقضٍ.

فإن أَجاز الآمِرُ: فالثَّمَنُ له، وطاب الرِّبحُ له؛ لأنه لما أَجاز البيعَ مَلَكه مُستنِدًا إلى وَقت العقدِ السّابقِ، وقبضُ الوَكيلِ كقَبضه، فكان الرِّبحُ حاصِلًا على مِلكه وضَمانِه، فيَطيبُ له.

وإن نَقَضه: لَزِم الْمَأمورَ؛ لأن إقدامَه على البَيع دَليلُ الإجازةِ، إلا أنه لم يَعمَل لحقِّ الآمِرِ، فإذا زال حقُّ الآمِرِ عَمِلت الإجازةُ، وبَطَل بيعُه؛ لأن الْمَأمورَ مَلَكه الآنَ، والبيعُ

(١) في (د) و(هـ): بالقبض.

السّابقُ على الْمِلك لا يَتوقَّفُ على مِلكٍ سيَحدُثُ، كفُضوليٍّ باع مالَ[1] الغيرِ، ثم مَلَكه: لا يَنفُذُ بيعُه، كذا هنا.

اشتَرى ثَوبًا بعبدٍ(ز) بالخِيار في الثَّوب: خُيِّر فيهما.

وإذا اشتَرى ثَوبًا بعبدٍ على أنه بالخِيار في الثَّوب ثَلاثةَ أيّامٍ: فله الخِيارُ فيهما، حتى يَنفُذُ إعتاقُ بائِع العبدِ، ولا يَنفُذُ إعتاقُ بائِعِ الثَّوبِ.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: له الخِيارُ في الثَّوب دونَ العبدِ، حتى لا يَنفُذُ إعتاقُ مُشتَري الثَّوبِ، ويَنفُذُ إعتاقُ الآخَرِ؛ لأنه قَصَر الخِيارَ على أحَدهما، فيَقتصِرُ حُكمُه عليه؛ لأن ثُبوتَه على مُنافاة القِياسِ، وإذا اقتَصَر عليه يَكونُ العبدُ مَبيعًا بيعًا باتًّا، فيَصِحُّ إعتاقُ الآخَرِ إيّاه في الْمُدّة.

ولنا: أن خِيارَ الْمُشتَري يَمنَعُ خُروجَ الثَّمَنِ عن مِلكه، والعبدُ ثَمَنُ الثَّوبِ، فلا يَخرُجُ عن مِلكه، فلا يَصِحُّ إعتاقُ الآخَرِ إيّاه؛ لأنه لم يَملِكه.

وخِيارُه إلى الغَد: يَشمَلُه(س م).

ولو اشتَرى شيئًا على أنه بالخِيار إلى الغَد: يَشمَلُه، حتى يَثبُتُ الخِيارُ في الغَد، وهذا عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: لا يَثبُتُ؛ لأن الغدَ جُعِل غايةً وحدًّا، فلا يَدخُلُ في الْمَحدود؛ لأن الغايةَ ما يَنتَهي الحُكمُ إليه ولا يَبقى، كاللَّيل في الصَّوم.

وله: أن الغايةَ متى كانت لمدِّ الحُكمِ إليها لا تَدخُلُ، كاللَّيل، فإنه لو قِيل: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا۟ ٱلصِّيَامَ﴾ تَناوَل صومَ ساعةٍ، فقولُه: ﴿إِلَى ٱلَّيۡلِۚ﴾ لمدِّ الحُكمِ إلى مَوضِع الغايةِ، ومتى

---

(١) في (هـ): ملك.

كانت الغايةُ لإخراج ما وَراءَها يَبقى مَوضِعُ الغايةِ داخِلًا، كما في الْمَرافِقِ[1]، فإن مُطلَقَ الأيدِي يَنتظِمُ الآباطَ، فكان ذِكرُ الغايةِ لإخراج ما وَراءَها، فيَبقى مَوضِعُ الغايةِ داخِلًا.

وهنا لو اقتَصَر على أنه بالخِيار يَثبُتُ الخِيارُ مُؤبَّدًا، فكان ذِكرُ الغايةِ لإخراج ما وَراءَها، فيَبقى مَوضِعُ الغايةِ داخِلًا في الكَلام.

والقولُ للمُنكِرِ(ح) في الخِيار، ومُضِيِّه، وقَدْرِه.

والقولُ للمُنكِرِ في الخِيار، أي إذا اختَلَف الْمُتبايِعان في اشتِراط الخِيارِ فالقولُ لمن يَنفِيه في ظاهِر الرِّوايةِ.

وعن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أن القولَ لِمُدَّعي الخِيارِ؛ لأنه يُنكِرُ زَوالَه عن مِلكه أو وُجوبَ الثَّمَنِ عليه.

وجهُ الظَّاهِرِ: أن الخِيارَ لا يَثبُتُ إلا بالشَّرط، فكان من العَوارِض، فيَكونُ القولُ لمن يَنفِيه، كما في دَعوى الأجَلِ.

وكذا لو اختَلَفا في مُضِيِّه فالقولُ لمن يُنكِرُ مُضِيَّه؛ لأنهما تَصادَقا على ثُبوت الخِيارِ، ثم ادَّعى أحَدُهما سُقوطَه بمُضِيِّ الْمُدّةِ، فكان القولُ للمُنكِرِ.

وكذا لو اختَلَفا في قَدْره فالقولُ لمن يَدَّعي أقصَرَ الوَقتَين؛ لأن الآخَرَ يَدَّعي زِيادةَ شرطٍ عليه، وهو يُنكِرُ.

أبٌ أو وَصِيٌّ أو مُكاتَبٌ أَوْ مَأذونٌ.. باع بالخِيار، فبَلَغ الصَّبِيُّ، أو عَجَز، أو حُجِر[2].. في الْمُدّة: تَمّ(م)[3].

---

(١) أي في قوله تعالى: ﴿فَٱغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ﴾ [المائدة: ٦].

(٢) الحجر في اللغة: مطلق المنع، وفي الاصطلاح: منع نفاذ تصرف قولي لا فعلي؛ لصِغَر ورق وجنون. «التعريفات» ص٨٢.

(٣) العبارة هنا مضطربة في (م) و(ف)، والمثبت من النسخ الباقية.

أبٌ، أو وَصِيٌّ، أو مُكاتَبٌ، أو مَأذونٌ.. باع شيئًا بالخِيار، فبلَغ الصَّبيُّ، أو عَجز الْمُكاتَبُ، أو حُجِر الْمَأذونُ.. في مُدّة الخِيارِ: تَمَّ البيعُ، وبَطَل الخِيارُ؛ لأن الخِيارَ كان حقًّا للعاقِد، وقد عَجَز عن التَّصرُّف بحُكم الخِيارِ بالبُلوغ، والعجزِ، والحَجْرِ، فيَبطُلُ الخِيارُ، كما لو مات أو جُنّ.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الخِيارَ يَبقى للبائِع، ولكن له الفسخُ دونَ الإجازةِ؛ لأن الْمَبيعَ لم يَخرُج عن مِلك المالِكِ بعدُ[1]، فكان الفسخُ امتِناعًا عن إِزالة مِلكِه، وله ذلك، كما لو باع مِلكَ غيرِه بلا أمرِه، ثم فَسَخ[2] قبلَ إجازتِه.

وأما الإجازةُ: فلأنه إزالةُ مِلكِ المالِكِ، ولا وِلايةَ له عليه.

وإن مَضى وقتُ الخِيارِ نَفَذ البيعُ؛ لزَوال المانِعِ، وهو الخِيارُ.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن للعاقِد أن يُجيزَ[3] في الثَّلاث؛ لأنه كان نائِبًا عن المالِك، كالوَكيل.

وفي الْمُكاتَب والعبدِ يَنتقِضُ البيعُ في رِوايةٍ؛ لأنه لا وجهَ لإِبقاء الخِيارِ مع عدَمِ الوِلايةِ، ولا وجهَ لإِبقاء البيعِ بدُونه؛ لأنه لم يُعقَد[4] على ذلك الوجهِ، فتَعيَّن الإبطالُ.

وفي رِوايةٍ: لا يَبطُلُ فيهما، وهو قولُ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن الخِيارَ من حُقوق العقدِ، فلا يُنافِيه حَجْرُ العاقِدِ، كسائِر الحُقوقِ، ولكن إن أَجاز البيعَ لم يَجُز؛ لأنه لا يَملِك إنشاءَ البيعِ، فلا يَملِكُ إلزامَه بإِسقاط الخِيارِ.

---

(١) في (د): بعذر.

(٢) في (هـ): تم الفسخ.

(٣) في (ب): أن يخير، وفي (ج): أن يجبر.

(٤) في (ب): لو لم ينعقد.

بَابُ خِيَارِ الرُّؤيَةِ

بابُ خِيارِ الرُّؤيةِ

لِمُشترٍ(ف) لم يَرَ، وإن رَضِي، لا لبائِعٍ(و).

خِيارُ الرُّؤيةِ لِمُشترٍ لم يَرَ، وإن رَضِي، لا لبائِعٍ.

اعلَم أنه إذا اشتَرى الرَّجُلُ زيتًا في زِقٍّ، أو بُرًّا في جُوالِقٍ، أو دُرّةً[1] في حُقّةٍ، أو ثوبًا في كُمٍّ، واتّفَقا أنه مَوجودٌ في مِلكه، ولم يَرَ الْمُشتَري شيئًا من ذلك: صَحَّ البيعُ عندَنا، وله الخِيارُ إذا رَآه، إن شاء أخَذه، وإن شاء رَدَّه.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَصِحُّ العقدُ؛ لأنه باع شيئًا مَجهولًا، فصار كما لو باع عبدًا من عَبيده؛ وهذا لأن المَقصودَ من شِراء العَينِ ماليّتُه، ولهذا[2] لا يَرِدُ على ما ليس بمالٍ، والماليّةُ في الأوصاف، ولهذا يَزدادُ ويَنتقِصُ بها، وهي مَجهولةٌ؛ لأنها تُعرَفُ بالرُّؤيةِ، فصارت كجَهالة العَينِ، وهي مُفسِدةٌ، فكذا جَهالةُ الوصفِ.

ولنا: العُموماتُ الْمُجوِّزةُ بلا قَيد الرُّؤيةِ، فلا نَزيدُ قيدَ الرُّؤيةِ عليها؛ لأنها كالفَسخ.

وفي الْمَشاهِير: أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال: «من اشتَرى شيئًا لم يَرَه فهو بالخِيار إذا

(١) في (ج): ذرة.

(٢) في (هـ): وعلى هذا.

رَآه»(١)، حَقَّق الشِّراءَ(٢)، وبَنى عليه(٣) حُكمًا، وهو الخِيارُ(٤)، وعندَه: الأمرُ بخِلافه.

ولأن الْمَبيعَ مَعلومُ العَينِ، مَقدورُ التَّسليمِ، فيَصِحُّ بيعُه، كالْمَرئيّ؛ وهذا لأن الخِلافَ في أَمَةٍ قائِمةٍ بينَ أيدِيهما مُنتقِبةٍ(٥)، ولا شكَّ أن عَينَها مَعلومٌ(٦) بالإشارة إليها؛ لأنها أبلَغُ أسبابِ التَّعريفِ، وكذا إذا أَشار إلى مَكانها، وليس في ذلك الْمَكانِ مُسمًّى بذلك الاسمِ غيرُها.

فأما(٧) كونُها أمةً ومَملوكةً: فإنما يُعرَفُ بإخبار البائِعِ إيّاه؛ لأنها وإن رَفَعت النِّقابَ لا يَعلَمُ ذلك إلا بقَول البائِعِ، وقد أخبَر به، وإنما بَقِي بعَدَم رُؤيةِ وجهِها الجهلُ ببَعض صِفاتِ الوجهِ، وهو أَدنى من فَوات بعضِ الأوصافِ، كالسَّمع والبصَرِ وغيرِهما، وذا لا يَمنَعُ الجَوازَ، وإن كان يَمنَعُ لُزومَ العقدِ، فكذا هذا.

ولأن الجَهالةَ إنما تُفسِدُ العقدَ إذا أَفضت إلى النِّزاع، كما في شاةٍ من القَطيع؛ لأن عندَها لم يَبقَ العقدُ مُفيدًا، فأما إذا لم يُفضِ إلى النِّزاع: فلا، كبَيع قَفيزٍ من الصُّبرة.

وجَهالةُ الأوصافِ بسَبَب عدَمِ الرُّؤيةِ لا يُفضِي إلى النِّزاع بعدَما صار مَعلومَ العَينِ؛

---

(١) رواه الدارقطني (٢٨٠٥)، والبيهقي (١٠٤٢٦)، ورواه ابن أبي شيبة (١٩٩٧٤) من كلام الحسن البصري، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٩، و«الدراية» ٢/ ١٤٨.

(٢) في (ب): الشرط.

(٣) في (أ): عليها.

(٤) قوله: (وهو الخيار) مثبت من (هـ).

(٥) في (ب): منتقبة عينها، وفي (د): متنقبة، وفي (هـ): متيقنة.

(٦) في (و): معلومة.

(٧) في (أ): وأما.

إذ لو لم يُوافِقه يَرُدُّه، فصار كجَهالة الوصفِ في الْمُعايَن الْمُشارِ[1]، بأن اشتَرى ثوبًا ولم يَعلَم عدَدَ ذُرعانِه، وإنما تأثيرُها في تَفويت تَمامِ[2] الرِّضا، وذا شرطُ انبِرامِ العقدِ لا شرطُ جَوازِه؛ ألا تَرى أن البيعَ مع خِيارِ الشَّرطِ يَصِحُّ ولا يَلزَمُ؛ لفَوات تَمامِ الرِّضا.

وكذا لو قال: (رَضِيتُ)، ثم رَآه: له أن يَرُدَّه؛ لأن الخِيارَ تَعلَّق ثُبوتُه بالرُّؤية بالسُّنَّة، فكان عدَمًا قبلَ الرُّؤيةِ، فلا يَصِحُّ إسقاطُه.

فإن قِيل: لو لم يكن له خِيارٌ قبلَ الرُّؤيةِ لَمَا كان له حقُّ الفسخِ قبلَ الرُّؤيةِ، وله أن يَفسَخَ العقدَ قبلَها.

قُلنا: حقُّ الفسخِ قبلَها لعَدَم لُزومِ العقدِ، لا بمُقتَضى الحَديثِ؛ وهذا لأن صِحّةَ الفسخِ تَعتمِدُ عدَمَ[3] لُزومِ العقدِ، والعقدُ هنا قبلَ الرُّؤيةِ غيرُ لازِمٍ؛ لتَمكُّن الخلَلِ في الرِّضا؛ إذ هو عِبارةٌ عن الاستِحسان، واستِحسانُ الشَّيءِ مع الجهلِ بأَوصافه لا يَتحقَّقُ، واللُّزومُ يَعتمِدُ تَمامَ الرِّضا، وتَمامُه بالعِلم بأوصافٍ هي مَقصودةٌ، وإنما تَصيرُ مَعلومةً بالرُّؤية، فلذا[4] لا يُعتبَرُ قولُه: (رَضِيتُ) قبلَ الرُّؤيةِ.

ولأنه[5] لو لَزِم العقدُ بالرِّضا قبلَ الرُّؤيةِ يَلزَمُ امتِناعُ الخِيارِ بتَقدير الرُّؤيةِ، والخِيارُ ثابِتٌ بتَقديرها بالحَديث، فما أدّى إلى إِبطاله يَكونُ باطِلًا؛ وهذا لأنه حينَئذٍ تُوجَدُ رُؤيةُ الْمَعقودِ عليه خاليًا عن الخِيار، وقد أثبَت الشَّرعُ الخِيارَ عندَ رُؤيتِه.

---

(١) في (ج): المشار إليه.

(٢) في (هـ): عدم.

(٣) سقطت من (هـ).

(٤) في (ب): ولهذا، وفي (هـ): فكذا.

(٥) في (هـ): لأنه.

بخِلاف الفسخِ قبلَ الرُّؤيةِ؛ لأن بالفَسخ يَخرُجُ العَينُ من أن يَكونَ مَعقودًا عليه، فلا تُوجَدُ بعدَه رُؤيةُ الْمَعقودِ عليه خاليًا عن الخِيار، والرِّضا بالعَيب قبلَ رُؤيتِه إنما يَصِحُّ: لأن سببَه العَيبُ، وكونُ الْمَبيعِ مَعيبًا سابِقٌ على الرِّضا، فاعتُبِر لوُجود سبَبِ الخِيارِ، وهنا السَّبَبُ الرُّؤيةُ، فلا يَثبُتُ الخِيارُ قبلَها.

ومن باع ما لم يَرَه، بأن وَرِث شيئًا، فباعه قبلَ الرُّؤيةِ: فلا خِيارَ له.

وكان أبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يَقولُ أوَّلًا: له الخِيارُ؛ اعتِبارًا بخِيار العَيبِ والشَّرطِ، فإنهما يَثبُتان للبائِع والْمُشتَري؛ وهذا لأن لُزومَ العقدِ بتَمام الرِّضا زَوالًا في حقِّ البائِعِ، وثُبوتًا في حقِّ الْمُشتَري؛ إذ البيعُ مُبادَلةُ المالِ بالمال بالتَّراضِي، فشُرِط كَمالُ الرِّضا لتَمام السَّبَبِ، وذا لا يَتحقَّقُ إلا بالعِلم بأَوصاف الْمَبيعِ، وذا بالرُّؤية، فلم يكن راضِيًا بالزَّوال قبلَها.

ثم رَجَع وقال: لا خِيارَ له؛ لأن الخِيارَ إن ثَبَت للبائِع فإما أن يَثبُتَ بما رَوَينا، أو بدَلالته، أو بحَديثٍ آخرَ..

لا يَجوزُ الأوَّلُ؛ لأنه مُعلَّقٌ بالشِّراء، فكيف يَثبُتُ في البَيع به؟! ولم يُروَ حَديثٌ آخرُ في البَيع.

وهو ليس في مَعنى الشِّراءِ ليَثبُتَ الحُكمُ فيه دَلالةً؛ لأن الْمُشتريَ ظَنَّه خيرًا مما اشتَرى، فرَدَّه لفَوات الوصفِ الْمَرغوبِ فيه، والبائِعُ لو رَدَّه لرَدَّه باعتِبار أن الْمَبيعَ أزيَدُ مما ظَنَّه، فصار كما لو باع عبدًا بشَرط أنه مَعيبٌ، فإذا هو صَحيحٌ: فإنه لم يَثبُت للبائِع خِيارٌ.

ورُوِي أن عُثمانَ بنَ عفَّانَ رَضِوَٱللَّهُعَنْهُ باع أرضًا له بالبَصرة من طَلحةَ رَضِوَٱللَّهُعَنْهُ، فقِيل لطَلحةَ: إنك قد غُبِنتَ، فقال: لي الخِيارُ؛ لأنِّي اشتَريتُ ما لم أرَه، وقِيل لعُثمانَ

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إنك غُبِنتَ، فقال: لي الخِيارُ؛ لأنِّي بِعتُ ما لم أرَه، فحَكَّما جُبيرَ بنَ مُطعِمٍ في ذلك، فقَضى بالخِيار لطَلحةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وكان ذلك بمَحضَرٍ من الصَّحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُم[1].

وفيه دَليلُ جَوازِ البيعِ، بخِلاف ما يَقولُه الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أنه لا يَجوزُ بيعُه.

ثم خِيارُ الرُّؤيةِ غيرُ مُوقَّتٍ؛ لأن الحَديثَ وَرَد بخِيارٍ مُطلَقٍ للمُشتَري، فالتَّوقيتُ فيه زِيادةٌ على النَّصِّ، فيَبقى إلى أن يُوجَدَ ما يُبطِلُه.

وما يَبطُلُ به خِيارُ الشَّرطِ من تَعييبٍ أو تَصرُّفٍ.. يَبطُلُ به خِيارُ الرُّؤيةِ.

ثم إن كان تَصرُّفًا لا يُمكِنُ فسخُه بعدَ وُقوعِه ونَفاذِه، كالإعتاق والتَّدبيرِ، أو تَصرُّفًا يُوجِبُ حقًّا للغَير، كالبَيع المُطلَقِ، والرَّهنِ، والإجارةِ: يُبطِلُه قبلَ الرُّؤيةِ وبعدَها؛ لأنه لَمّا تَعذَّر الفسخُ بَطَل الخِيارُ ضَرورةً.

وإن كان تَصرُّفًا لا يُوجِبُ حقًّا للغَير، بأن باع بشَرط الخِيارِ، أو وَهَب ولم يُسلِّم، أو عَرَض على البَيع: لا يَبطُلُ خِيارُه قبلَ الرُّؤيةِ؛ لأن الخِيارَ لا يَبطُلُ قبلَ الرُّؤيةِ بصَريح[2] الرِّضا، فبدَلالته أحَقُّ، إلا أنه إذا تَعلَّق به حقُّ الغيرِ صار ذلك الحقُّ مانِعًا من الفَسخ،

---

(١) روى الطحاوي في «معاني الآثار» (٥٥٠٧) عن علقمة بن وقاص الليثي قال: اشترى طلحة بن عبيد الله من عثمان بن عفان مالًا، فقيل لعثمان: إنك قد غبنت، وكان المال بالكوفة وهو مال آل طلحة الآن بها، فقال عثمان: لي الخيار؛ لأني بعت ما لم أر، فقال طلحة: لي الخيار؛ لأني اشتريت ما لم أر، فحكّما بينهما جبير بن مطعم، فقضى أن الخيار لطلحة، ولا خيار لعثمان.

قال الطحاوي: والآثار في ذلك قد جاءت متواترة، وإن كان أكثرها منقطعًا فإنه منقطع لم يضاده متصل، وفي هذا أيضًا حجة أخرى وهي أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعل في حديث أبي هريرة -المذكور قبل هذا- للمتلقي البائع الخيار، فيما باع إذا دخل الأسواق وعلم بالأسعار. فأردنا أن ننظر هل ضاد ذلك شيء أم لا؟ فاعتبرنا ذلك.

(٢) في (و): لصريح.

ولا حقَّ هنا.

وإن كان ذلك بعدَ الرُّؤيةِ بَطَل خِيارُه؛ لأن بعدَها يَسقُطُ خِيارُه بصَريح الرِّضا، فيَسقُطُ بدَليله أيضًا.

وهذا الخِيارُ لا يَسقُطُ بالإسقاط قصدًا، حتى لو قال: (أسقَطتُ خِيارَ الرُّؤيةِ) لا يَسقُطُ، بخِلاف خِيارِ الشَّرطِ.

ولو اشتَرى أرضًا ولها أَكّارٌ، فزرَعها الأَكّارُ برِضا الْمُشتَري، بأن تَرَكها عليه على الحالة الْمُتقدِّمةِ، ثم رَآها: فليس له أن يَرُدَّها؛ لأن فِعلَ الأَكّارِ كفِعل الْمُشتَري.

وكَفَت رُؤيةُ وجهِ الصُّبرةِ، والثَّوبِ مَطْويًّا(ز)، والرَّقيقِ، والدّابّةِ وكَفَلِها[1]، وداخِلِ الدّارِ، لا رُؤيةُ الدُّهنِ[2] في الزُّجاج(م).

وكَفَت رُؤيةُ وجهِ الصُّبرةِ، والثَّوبِ مَطويًّا، والرَّقيقِ، والدّابّةِ، وكَفَلِها، وداخِلِ الدّارِ، لا رُؤيةُ الدُّهنِ في الزُّجاج.

والأصلُ: أن رُؤيةَ كلِّ الْمَبيعَ غيرُ مَشروطةٍ؛ لتَعذُّرها؛ إذ البَواطِنُ والدَّقائقُ لا تُرى، فيُكتفَى برُؤية ما يَدُلُّ على العِلم بالْمَقصود.

ولو دَخَل في البَيع[3] أشياءُ.. فإن كان لا تَتفاوَت آحادُه، كالْمَكيل والْمَوزونِ من جِنسٍ واحِدٍ -وعَلامتُه أن يُعرَض بالنَّموذَج[4]-: فرُؤيةُ بعضِه كرُؤية كلِّه في إسقاط

---

(١) الكَفَل بفتحتين، للدابة وغيرها: مُؤْخَرُها. «المختار» ص٢٧١.

(٢) الدُّهن بالضم: ما يدهن به من زيت وغيره، وجمعه دِهان بالكسر. «المصباح» ١/ ٢٠٢.

(٣) في (د): المبيع.

(٤) في (و): بالأنموذج. وكذلك في الموضعين الآتيين.

قال في «المصباح» ٢/ ٦٢٥: الأنموذج بضم الهمزة: ما يدل على صفة الشيء، وهو معرّب، وفي=

الخِيارِ إذا كان ما لم يَرَه مِثلَ ما رَأى أو أجوَدَ، فإن كان أردَأَ مما رَأى: فله الخِيارُ؛ لأنه إنما رَضِي بالصِّفة التي رَأى لا بغَيرها.

وإن كان تَتفاوَتُ آحادُه، ولا يُعرَضُ بالنَّموذَج، كالثِّياب، والدَّوابِّ، والعَبيدِ: فلا بُدَّ من رُؤية كلِّ واحِدٍ لإسقاط الخِيارِ؛ لأنها تَتفاوَتُ، فلا يُستدَلُّ برُؤية بعضِها على الباقِي، بخِلاف الأوَّلِ.

والجوزُ والبيضُ من القِسم الثّاني فيما ذَكَر الكَرْخيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن ذا يَختلِفُ بالصِّغَر والكِبَرِ، فلا تكونُ رُؤيةِ البعضِ دَليلًا على الباقِي، وكان يَنبَغي أن تكونَ مِثلَ الحِنطةِ والشَّعيرِ؛ لتَقارُب[1] آحادِها، ورُؤيةُ البعضِ تُعرِّفُ حالَ الباقِي.

إذا عَرَفنا هذا فنَقولُ: النَّظَرُ إلى وَجه الصُّبرةِ كافٍ: لأنه يُعرِّفُ وصفَ الباقِي؛ لأنه مَكيلٌ يُعرَضُ بالنَّموذَج.

وكذا النَّظَرُ إلى ظَهر الثَّوبِ[2] كافٍ عندَنا.

وعندَ زفَرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا بُدَّ من نَشره ورُؤيةِ كلِّه؛ لأنه ليس بمِثليٍّ، فلا يُعرَفُ كلُّه برُؤية بعضِه.

ولنا: أنه يُستدَلُّ برُؤية طرَفٍ منه على ما بَقِي؛ إذ لا تَتفاوَتُ أطرافُ الثَّوبِ الواحِدِ إلا يَسيرًا، وذا غيرُ مُعتبَرٍ.

قالُوا: وهذا إذا لم يكن في طيِّ الثَّوبِ ما يَكونُ مَقصودًا، فإن كان في طيِّ الثَّوبِ

=لغة: نَموذج، بفتح النون والذال معجمة مفتوحة مطلقًا، قال الصغاني: النموذج مثال الشيء الذي يعمل عليه، وهو تعريب نموذه، وقال: الصواب النموذج؛ لأنه لا تغيير فيه بزيادة.

(١) في (أ): لتفاوت.

(٢) في (هـ): وجه الصبرة.

ما يَكونُ مَقصودًا، كالعَلَم: لا يَسقُطُ خِيارُه ما لم يَرَ مَوضِعَ العَلَمِ؛ لأن الماليّةَ تَتفاوَتُ بحَسَبه، والوجهُ هو الْمَقصودُ في العَبد والأمةِ، والنَّظَرُ إلى غَيره من الجَسَد لا يُبطِلُ الخِيارَ؛ لأن سائِرَ الأعضاءِ في العَبيد والجَوارِي تَبَعٌ للوَجه؛ ألا تَرى أنه تَتفاوَتُ القِيمةُ بتَفاوُت الوجهِ مع التَّساوِي في سائِر الأعضاءِ، فيُستغنَى برُؤية الوجهِ عن بَقِيّة الصِّفاتِ، ولا يَنعكِسُ.

ورُؤيةُ الوجهِ والكفَلِ في الدَّوابِّ مَقصودةٌ، فلا بُدَّ من النَّظَر إليهما.

ولا تُعتبَرُ رُؤيةَ غيرِهما، وشَرَط بعضُهم رُؤيةَ القَوائمِ، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: رُؤيةُ الوجهِ تكفي، كما في بَني آدمَ.

وفي شاة اللَّحمِ: لا بُدَّ من الجَسِّ؛ ليَظهَرَ له الهُزالُ والسِّمَنُ.

وفي شاة القُنيةِ: لا بُدَّ من النَّظَر إلى ضَرْعها.

وفيما يُطعَمُ: لا بُدَّ من الذَّوق؛ لأن العِلمَ بما هو الْمَقصودُ إنما يَحصُلُ به.

وفي الدّار: لا بُدَّ من رُؤية داخِلِ الدّارِ؛ لأن داخِلَ الدّارِ كالوَجه في بَني آدمَ.

وفي عامّة الرِّواياتِ: إذا رَأى صحنَ الدّارِ فلا خِيارَ له، وإن لم يَرَ بُيوتَها، وكذا إذا رَأى خارِجَ الدّارِ، أو رَأى أشجارَ البُستانِ من خارِجٍ.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا بُدَّ من رُؤية داخِلِ البُيوتِ.

والصَّحيحُ: أن ذلك الجَوابَ على وَفق عادةِ أهلِ الكُوفةِ في زَمَن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنها تكونُ على تَقطيعٍ واحِدٍ، ولا تَختلِفُ بالصِّغَر والكِبَرِ، فإذا رَآها من ظاهِرها يَستدِلُّ بذلك على داخِلها، فأما اليومَ: فصِفاتُ[1] الدُّورِ تَختلِفُ[2]، فالنَّظَرُ إلى الظّاهِر لا يُوقِعُ

(١) في نسخة على هامش (ج): فصناف.

(٢) في (ب): مختلفة.

العِلمَ بالدّاخِل، فالصَّحيحُ ما قاله زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقِيل: في الدُّور يُعتبَرُ رُؤيةُ ما هو الْمَقصودُ، حتى لو كان في الدّار بَيتان شَتْويّان، وبَيتان صَيفيّان، وبَيتا طابِقٍ: يُشترَطُ رُؤيةُ الكلِّ، كما يُشترَطُ رُؤيةُ صحنِ الدّارِ.

ولا يُشترَطُ رُؤيةُ الْمَطبَخِ والْمَزبَلةِ والعُلوِ، وبعضُهم شَرَطوا[1] رُؤيةَ الكلِّ، وهو **الأظهَرُ**، كذا في «الْمُحِيط».

ولو اشتَرى دُهنًا في زُجاجٍ، فنَظَر إلى الزُّجاج: لم يكن ذلك رُؤيةً حتى يَصُبَّه على كفِّه عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه لم يَرَ الدُّهنَ حَقيقةً؛ لوُجود الحائِلِ.

وعن[2] محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه رُؤيةٌ؛ لأن الزُّجاجَ لا يُخفي صُورةَ الدُّهنِ.

ونَظَرُ وَكيلِه بالقَبض كنَظَره(س م)، لا رَسولِه.

ونظَرُ الوَكيلِ بالقَبض كنَظَر الْمُشتَري، ونظَرُ رَسولِه ليس كنَظَر الْمُشتَري، حتى لو اشتَرى طَعامًا لم يَرَه، فوَكَّل رَجُلًا بالقَبض، فقَبَضه الوَكيلُ بعدَما رَآه: فليس للمُشتَري أن يَرُدَّه إلا من عَيبٍ.

وإن أرسَل رَسولًا بقَبضه، فقَبَضه الرَّسولُ بعدَما رَآه: فللمُشتَري أن يَرُدَّه.

وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: الوَكيلُ والرَّسولُ سَواءٌ، وللمُشتَري أن يَرُدَّه إذا رَآه.

وهذا الخِلافُ في الوَكيل بالقَبض، فأما الوَكيلُ بالشِّراء: فرُؤيتُه تُسقِطُ الخِيارَ إجماعًا.

وصُورةُ التَّوكيلِ: أن يَقولَ الْمُشتَري لغَيره: (كُن وَكيلًا عنِّي بقَبض الْمَبيعِ)، وصُورةُ الرَّسولُ: أن يَقولَ: (كن رَسولًا عنِّي بقَبضه).

(١) في (ب) و(هـ): شرط.

(٢) في (ب) و(د) و(هـ): وعند.

وأصلُ الْمَسألةِ: أن الوَكيلَ بالقَبض يَملِكُ إبطالَ خِيارِ الرُّؤيةِ عندَه، خِلافًا لهما.

وإنما يَملِكُ إبطالَه عندَه إذا قَبَضه وهو يَنظُرُ إليه، فإن قَبَضه مَستورًا، ثم أراد بعدَما نَظَرَ إليه إبطالَ الخِيارِ قصدًا: فليس له ذلك.

لهما: أنه وَكَّله بالقَبض، وإبطالُ خِيارِ الرُّؤيةِ ليس بقبضٍ، فلا يَملِكُه، ولهذا لا يَملِكُ إبطالَه قصدًا، ولا يَملِكُ إبطالَ خِيارِ الشَّرطِ والعَيبِ.

وله: أن القبضَ على نوعَين: تامٌّ بحيث لا يَرِدُ عليه النَّقضُ، وهو أن يَقبِضَه وهو يَراه، وهو يُسقِطُ الخِيارَ؛ لدَلالته على الرِّضا، وناقِصٌ بحيث يَرِدُ عليه النَّقضُ، وهو أن يَقبِضَه مَستورًا، وهو لا يُسقِطُ الخِيارَ؛ لعَدَم الرِّضا.

وهذا لأن تَمامَ القبضِ بتَمام الصَّفْقةِ، وخِيارُ الرُّؤيةِ يَمنَعُ تَمامَ الصَّفْقةِ؛ لأن تَمامَها يَكونُ بتَمام الرِّضا، ولا يَتِمُّ مع بَقاءِ خِيارِ الرُّؤيةِ.

والْمُوكِّلُ يَملِكُ نَوعَي القبضِ، فكذا الوَكيلُ؛ لأنه مَلَّك الوَكيلَ ما يَملِكُه، ولكن على البَدَلِ لا على الشُّمول؛ لأن اللَّفظَ مُطلَقٌ لا عامٌّ.

فإذا قَبَضه وهو يَنظُرُ إليه بَطَل الخِيارُ مُقتَضى[1] تَمامِ القبضِ، كما لو قَبَضه الْمُوكِّلُ وهو يَنظُرُ إليه، وإذا قَبَضه مَستورًا فقد اختَار النَّاقِصَ[2]، فانتَهت الوَكالةُ بالنَّاقِص[3]، وتَعيَّن ذلك للتَّوكيل، فلا يَملِكُ إسقاطَه قصدًا بعدَه؛ لصَيرورته أجنبيًّا عنه.

بخِلاف خِيارِ العَيبِ؛ فإنه لا يَبطُلُ[4] بقَبض الوَكيلِ في **الصَّحيح**؛ لأنه لا يَمنَعُ تَمامَ

---

(١) في (ب) و(د): بمقتضى.

(٢) في (ب): الناقض.

(٣) في (ب): بالناقض.

(٤) في (و): فإنه بطل.

الصَّفْقةِ، فيَتِمُّ القبضُ مع بقائِه، وباقتِضاء التَّمامِ كان يُبطِلُ الخِيارَ، وقد عُدِم.

وأما خِيارُ الشَّرطِ: فقد ذَكَر القُدُوريُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ: أنه لو اشتَرى شيئًا على أنه بالخِيار، فوَكَّل وَكيلًا بالقَبض، فقَبَضه بعدَما رَآه: فهو على الخِلاف.

ولئن سُلِّم -وهو الأصَحُّ- فالوَكيلُ قائِمٌ مَقامَ الْمُوكِّلِ، والْمُوكِّلُ لو قَبَض الْمَبيعَ في خِيار الشَّرطِ وهو يَراه لا يَبطُلُ خِيارُ الشَّرطِ، فكذا من يَقومُ مَقامَه إذا قَبَضه وهو يَراه؛ وهذا لأن الخِيارَ شُرِع للاختِبار، وذا بالتَّروِّي والتَّأمُّلِ فيه بعدَ القبضِ، حتى إذا استَحسَنه أخَذه، وإن استَقبَحه ترَكه، وهذا يَفوتُ ببُطلان الخِيارِ بتَقدير القبضِ.

وبخِلاف الرَّسولِ؛ لأنه لا يَملِكُ شيئًا، وإنما إليه تَبليغُ الرِّسالةِ؛ ألا تَرى أن الرَّسولَ بالبَيع لا يَملِكُ القبضَ، والوَكيلَ بالبَيع يَملِكُه.

صحَّ عقدُ الأَعمى(ف)، وسَقَط خِيارُه بالجسّ[1]، والشَّمِّ، والذَّوقِ، وفي العَقار بالوَصف(س).

وصَحَّ عقدُ الأَعمى، بأن اشتَرى أو باع.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَصِحُّ شِراؤُه؛ لأنه لا يُجوِّزُ شِراءَ ما لم يَرَه.

وله الخِيارُ إذا اشتَرى؛ لأنه اشتَرى شيئًا لم يَرَه.

ويَسقُطُ خِيارُه بجَسِّه الْمَبيعَ إن كان مما يُعرَفُ بالجَسّ، وبشَمِّه إن كان مما يُعرَفُ بالشَّمّ، وبذَوقه إن كان مما يُعرَفُ بالذَّوق؛ لأن هذه الأشياءَ تُفيدُ العِلمَ بالْمَعقود[2] عليه، كما في البَصير.

---

(١) الجَسُّ: اللمس باليد للتعرف، يقال: جسَّه الطبيب.. إذا مسه ليعرف حرارته من برودته، وجس الشاة: ليعرف سِمَنَها من هُزالها، من باب طلب. «المغرب» ص٨٣.

(٢) في (ب): بالمقصود.

وفي العَقار لا يَسقُطُ خِيارُه حتى يُوصَفَ له بأبلَغِ ما يُمكِنُ، فإذا قال: (رَضِيتُ) سَقَط خِيارُه؛ لأن ذِكرَ الوصفِ يَقومُ مَقامَ الرُّؤيةِ في بَعض الْمَواضِعِ، كما في عَقد السَّلَمِ، والْمَقصودُ دفعُ الغَبنِ عنه، وذا يَحصُلُ بِذِكر الوصفِ، وإن كان بالرُّؤية أتَمَّ.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه يُقادُ[1] إلى ذلك الْمَوضِعِ، فإذا صار بحيث لو كان بَصيرًا لرَآه فقال: (رَضِيتُ): يَسقُطُ خِيارُه؛ إقامةً للتَّشبُّه[2] مُقامَ الحَقيقةِ عندَ العجزِ؛ للحاجة؛ ألا تَرى أن الْمُحرِمَ إذا أَراد التَّحلُّلَ وهو أقرَعُ يَقومُ إجراءُ الْمُوسى مَقامَ الحلقِ؛ تَشبُّهًا بالْمُحلِّقين، وكذا تَحريكُ الشَّفَتَين عندَ القِراءةِ يَقومُ مَقامَ القِراءةِ في حقِّ الأخرَسِ: تَشبُّهًا بالقارِئ.

وقال الحسَنُ بنُ زِيادٍ رَحِمَهُ اللَّهُ -وهو رِوايةٌ عن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ-: يُوكِّلُ بَصيرًا بقَبضه، فيَقبِضُه الوَكيلُ وهو يَنظُرُ إليه.

وهذا على أَصله مُستقيمٌ، فإن رُؤيةَ الوَكيلِ بالقَبض كرُؤية الْمُوكِّلِ عندَه.

رَأى أحَدَ الثَّوبَين، ورَأى الآخَرَ بعدَ شِرائِهما: رُدّا.

ومن رَأى أحدَ الثَّوبَين، فاشتَراهما، ثم رَأى الآخَرَ: فله أن يَرُدَّهما أو يُمسِكَهما؛ لأن رُؤيةَ أحَدِهما لا تكونُ[3] كرُؤيتهما؛ لتَفاوُت الثِّيابِ، فلا تكونُ رُؤيةُ بعضِها دَليلًا على رُؤية الباقِي، فله ردُّ غيرِ الْمَرئيِّ وردُّ الْمَرئيِّ معه؛ رِعايةً لحقِّ البائِعِ؛ لئلا يُؤدِّيَ إلى تَفريق الصَّفْقةِ عليه قبلَ التَّمامِ.

وهذا لأن الصَّفْقةَ لا تَتِمُّ مع خِيارِ الرُّؤيةِ قبلَ القبضِ وبعدَه؛ لأن تَمامَها بتَمام

(١) في (هـ) و(و): يعاد.

(٢) في (ب): للتشبيه، وفي (د): للشبه، وفي (هـ): للشبهة.

(٣) قوله: (لا تكون) غير مثبت في (و).

الرِّضا، وذا لا يَكونُ قبلَ الرُّؤيةِ، ولهذا يَتمكَّنُ من الرَّدِّ بلا قَضاءٍ ولا رِضاءٍ، ويَكونُ فسخًا من الأَصل.

ولا يُورَثُ(ف)، كخِيار الشَّرطِ(ف).

ولا يُورَثُ خِيارُ الرُّؤيةِ، كخِيار الشَّرطِ؛ لأن الخِيارَ إنما يَثبُتُ للعاقِد بالنَّص، والوارِثُ ليس بعاقِدٍ، فلا يَثبُتُ له الخِيارُ، وقد مَرَّ من قبلُ.

رَأى، فاشتَرى: خُيِّر إن تَغيَّر، وإلا لا، والقولُ للبائِع في التَّغيير، وللمُشتَري في الرُّؤية.

ومن رَأى شيئًا، ثم اشتَراه بعدَه[1].. فإن تَغيَّر: خُيِّر؛ لأنه اشتَرى ما لم يَرَه؛ لأن بالتَّغيُّر صار شيئًا آخرَ، فلا تُفيدُ الرُّؤيةُ السّابقةُ العِلمَ بالمالِيّة القائمةِ وقتَ البيعِ، فلا تَدُلُّ على الرِّضا به.

وإن لم يَتغيَّر، بل كان على الصِّفة التي رَآه: فلا خِيارَ له؛ لأنه اشتَرى شيئًا قد رَآه، إلا إذا لم يَعرِف الذي رَآه قبلَ العقدِ؛ لأنه لم يَرضَ به.

وإن اختلَفا في التَّغيُّر، فقال الْمُشتَري: (قد تَغيَّر)، وقال البائِعُ: (لم يَتغيَّر): فالقولُ للبائِع مع يَمينِه، وعلى الْمُشتَري البَيِّنةُ؛ لأن سببَ لُزومِ العقدِ -وهو الرُّؤيةُ السّابقةُ- ظاهِرٌ؛ والتَّغيُّرُ حادِثٌ، والقولُ لمن يَتمسَّكُ بالظّاهِر.

وهذا إذا كانت الْمُدّةُ قَريبةً يُعلَمُ أنه لا يَتغيَّرُ في مِثل تلك الْمُدّةِ، فإن بَعُدت الْمُدّةُ، بأن رَأى أمةً شابّةً، ثم اشتَراها بعدَ عِشرين سنةً، وزَعَم البائِعُ أنها لم تَتغيَّر: فالقولُ للمُشتَري؛ لأن الظّاهرَ شاهِدٌ له.

---

(١) في (هـ): بعد مدة.

وإن اختلَفا في الرُّؤية فالقولُ للمُشتَري؛ لأنه يُنكِرُ أمرًا حادِثًا، وهو الرُّؤيةُ.

اشتَرى عِدْلًا، وباع منه ثَوبًا، أو وَهَب وسَلَّم: رَدَّه بعَيبٍ، لا بخِيار رُؤيةٍ وشرطٍ.

ومن اشتَرى عِدلَ زُطِّيٍّ ولم يَرَه، فقَبَضه، ثم باع منه ثوبًا، أو وَهَبه وسَلَّمه: فليس له أن يَرُدَّ شيئًا منه بخِيار رُؤيةٍ وشرطٍ، إلا من عَيبٍ.

والأصلُ: أن خِيارَ الرُّؤيةِ والشَّرطِ يَمنَعُ تَمامَ الصَّفْقةِ؛ لخلَلٍ في الرِّضا، وكذا خِيارُ العَيبِ قبلَ القبضِ؛ لأن العقدَ قبلَ القبضِ غيرُ تامٍّ؛ إذ لا يُفيدُ مِلكَ التَّصرُّفِ، وإن أَفاد مِلكَ الرَّقَبةِ.

وأما خِيارُ العَيبِ بعدَ القبضِ: فلا يَمنَعُ تَمامَ الصَّفْقةِ؛ لأنه إنما يَثبُتُ بسَبَب فَواتِ وصفٍ من أَوصاف الْمَبيعِ، وفَواتُ بعضِ الأوصافِ لا يَربو[1] على فَوات بعضِ الْمَبيعِ، وذا لا يَمنَعُ تَمامَ الصَّفْقةِ في الباقِي إذا اتَّصَل به القبضُ.

وتَفريقُ الصَّفْقةِ قبلَ التَّمامِ لا يَجوزُ؛ اعتِبارًا بابتِداء الصَّفْقةِ، فإنه إذا أوجَب البائِعُ في شَيئَين لا يَملِكُ الْمُشتَري القَبولَ في أحَدهما؛ لِما فيه من الإِضرار بالبائِع؛ لجَرَيان العادةِ فيما بينَ التُّجّارِ بضمِّ الرَّديءِ إلى الجيِّد تَرويجًا للرَّديء بالجيِّد.

فإن قِيل: هذا مَوجودٌ في خِيار العَيبِ بعدَ القبضِ، ومع هذا مَلَك التَّفريقَ.

قُلنا: التَّفريقُ قبلَ القبضِ أضَرُّ؛ لاستِبداده وتَفرُّدِه بالرَّدّ؛ إذ يَرتدُّ[2] بالرَّدِّ بلا قَضاءٍ ورِضاءٍ، والتَّفريقُ بعدَ القبضِ أخَفُّ ضرَرًا؛ لافتِقار الرَّدِّ بعدَ القبضِ إلى القَضاءِ أو الرِّضاءِ.

---

(١) في (هـ): لا يزيد.

(٢) في (ب): لا يرتد.

فإذا ثبت هذا فنقولُ: قد عَجَز عن الرَّدِّ فيما خَرَج عن مِلكه، فلو رَدَّ شيئًا من الباقِي بخِيار الشَّرطِ أو الرُّؤيةِ لتفرَّقت الصَّفْقةُ على البائع قبلَ التَّمامِ، وذا لا يَجوزُ، بخِلاف خِيارِ العَيبِ؛ لأن الصَّفْقةَ تَتِمُّ مع خِيارِ العَيبِ بعدَ القبضِ، وإن لم تَتِمَّ قبلَه، ووضعُ المَسألةِ فيما بعدَ القبضِ.

فلو عاد إليه ذلك الثَّوبُ بسببٍ هو فسخٌ فهو على خِياره؛ لارتِفاع المانِع من الأَصل، وهو تَفريقُ الصَّفْقةِ، كذا ذَكَره شمسُ الأئمّةِ السَّرَخْسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن خِيارَه بعدَما سَقَط لا يَعودُ؛ لأن السّاقطَ لا يَعودُ، وهو اختِيارُ القُدُوريِّ.

باب خيار العيب

بابُ خِيارِ العَيبِ(١)

وَجَد بالْمَبيع عَيبًا يُنقِصُ الثَّمَنَ: أَخَذ بكلِّه، أو رَدَّه.

كالبَخَر(٢)، والدَّفرِ(٣)، والزِّنى ووَلَدِه في الأَمة، والكُفرِ.

---

(١) العيب: نقص خلا عنه أصل الفطرة السليمة؛ لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة؛ لأن الغالب في الأشياء هو السلامة، فيقع العقد على ذلك الوصف؛ لأن كل واحد من العاقدين صاحب عقل وتمييز، فيأبى أن يُغبن أو يَغبن، كذا في «الكفاية».

والعيب نوعان: ظاهري: كالعمى والماء في العين، وباطني: كالسعال وانقطاع الحيض شهرين فصاعدًا، أو الإباق أو نحوهما.

واعلم أن المراد بالعيب عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض. «الأنيس» ص٧٤.

وخيار العيب: هو أن يختار رد المبيع إلى بائعه بالعيب. «التعريفات» ص١٠٢.

وهو أن يجد بالمبيع عيبًا ينقص الثمن فله الخيار، إن شاء يختار المبيع بكل الثمن أو يرده إلى البائع. «التعريفات الفقهية» ص٩٠.

(٢) بَخِر الفم بَخَرًا من باب تعب: أنتنت ريحه. «المصباح» ١/ ٣٧.

(٣) في (س): والذفر.

دفر الشيء دَفَرًا فهو دَفِرٌ من باب تعب: أنتنت ريحه، وأدفر بالألف لغة، والدَّفْر وزان فلس: اسم منه، يقال: فيه دَفْرٌ: أي نتن، ويقال للجارية إذا شتمت: يا دَفار، أي منتنة الريح، كناية عن خبث الخبر والمخبر. «المصباح» ١/ ١٩٦. =

وعَدَم[1] الحيضِ، والاستِحاضةِ.

والثُؤلُولِ[2]، والخالِ[3]، إن قَبُحا.

والصُّهوبةِ[4]، والشَّمَطِ[5]، والأُدْرةِ[6]، والعَشا[7].

والسِّنِّ السَّاقِطةِ، والسَّوداءِ، والعَسَرِ[8].

والكيِّ[9]، والقُروحِ[10].

والحَرَنِ[11]،..............................

= وقال في «المشارق» ١/ ٢٧١: الذَّفَر بفتح الذال والفاء: كل ريح ذكية، من طيب أو نتن، فأما الدَّفْر بالمهملة وسكون الفاء: ففي النتن لا غير.

(١) في (م) و(ف) ونسخة في (ن): وارتفاع.

(٢) الثؤلول: واحد الثآليل، وهي: بثور تخرج في بدن الإنسان، يابسة صلبة، كأنها رؤوس المسامير. «المستعذب» ١/ ٢٧٨.

(٣) الخال: الذي يكون في الخد، وجمعه خيلان. «المختار» ص٩٩.

(٤) الصُّهبة والصُّهوبة: احمرار الشعر، وصَهِب صَهَبًا: من باب تعب، فالذكر أصهب والأنثى صهباء، والجمع صُهْب مثل أحمر وحمراء وحمر، ويصغر على القياس فيقال: أصيهب. «المصباح» ١/ ٣٤٩. الصهوبة في الشعر: شُقرة. «الطلبة» ص١١١.

(٥) الشَّمَط: هو اختلاط سواد الرأس بالبياض، والنعت منه أشمط، من حد علم. «الطلبة» ص١١١.

(٦) الأُدرة: وِزان غُرفة.. انتفاخ الخُصية، يقال: أَدِر يَأْدَر من باب تَعِب، فهو آدَرُ، والجمع أُدْرٌ، مثل: أحمر وحُمْر. «المصباح» ١/ ٩.

(٧) العَشا: مصدر الأعشى، وهو الذي لا يبصر بالليل. «الطلبة» ص١١١.

(٨) العسر: مصدر الأعسر، وهو الذي يعمل بشماله، وهو من باب علم. «الطلبة» ص١١١.

(٩) كواه بالنار كَيًّا: من باب رمى، وهي الكية بالفتح، واكتوى: كوى نفسه. «المصباح» ٢/ ٥٤٥.

(١٠) القروح: الجروح. وانظر «المغرب» ص٣٧٦.

(١١) في (س): والجرب. =

والجَمْحِ[1]، والفَدَعِ[2]، والفَحَجِ[3]، والصَّكَكِ[4]، والْمَشْشِ[5]، والحَوَلِ[6]، والحَوَصِ[7].

والسُّعالِ[8] القَديمِ، والدَّينِ[9]، والشَّعْرِ والماءِ في العَين.

= والجرب هو: الجرب: هو بثور صغار، يبتدأ حُمْرًا، ومعها حكة شديدة، وربما تقيحت، وهي على نوعين رطب ويابس. «التعريفات الفقهية» ص٧٠.

والحرن: عدم انقياد الدابة، وإذا اشتد بها الجري وقفت. «المختار» ص٧١.

(١) والجَمْح: جمحت الدابة: استعصت حتى غلبت راكبها. «المصباح» ١/ ١٠٧.

(٢) في (م): والقدح، وفي (ف): والفدغ.

والفَدَع: اعوجاج الرُّسُغ من اليد أو الرِّجل، فينقلب الكف والقدم إلى الجانب الأيسر، وقال ابن الأعرابي: الأفدع الذي يمشي على ظهور قدميه. «المصباح» ٢/ ٤٦٤.

(٣) والفَحَج: تباعد ما بين الفخذين، وقيل: تباعد ما بين وسط الساقين، وقيل: تباعد ما بين الرجلين. «المشارق» ٢/ ١٤٧.

(٤) والصَّكَك: اصطكاك الركبتين. «المصباح» ١/ ٣٤٥.

(٥) والْمَشْش: كُلُّ ما شَخَص من عظم، وكان له حجم، ويكون ذلك من عيب يصيب العظم. «مقاييس اللغة» ٥/ ٢٧٢.

(٦) الحول: اختلاف محوري العينين. «المعجم الوسيط» ١/ ٢٠٩.

(٧) في نسخة على هامش (ف): والخرس.

والحوص بفتحتين: ضيق في مؤخر العين، والرجل أحوص والمرأة حوصاء، وبابه طرب، وقيل: هو الضيق في إحدى العينين. «المختار» ص٨٤.

وفي «المبسوط» ١٣/ ١١٢: والحَوص والفتل عيب، وهو نوع من الحول، إلا أنه إذا كان يميل إنسان العين إلى الجانب المقدم يسمى فَتَلًا، وإذا كان إلى الجانب المؤخر فهو الحوص.

(٨) السعال: طرد الهواء فجأة وبقوة من المزمار لإخراج المخاط أو سواه من المسالك الشعبية. «المعجم الوسيط» ١/ ٤٣١.

(٩) في (ف): والدبر.

إذا وَجَد بالْمَبيع عَيبًا يُنقِصُ الثَّمَنَ أخذ بكلِّه أو رَدَّه، كالبَخَر، والذَّفرِ، والزِّنى وولَدِه في الأمة، والكُفرِ، وعدَمِ الحيضِ، والاستِحاضةِ، والثُّؤلولِ والخالِ إن قَبُحا، والصُّهوبةِ، والشَّمَطِ، والأدَرِ[١]، والعَشا، والسِّنِّ السّاقِطةِ والسَّوداءِ، والعَسَرِ، والكَيِّ، والقُروحِ، والحَرَنِ، والجَمْحِ، والفَدَعِ، والفَحَجِ، والصَّكَكِ، والْمَشَشِ، والحَوَلِ، والحَوَصِ، والسُّعالِ القَديمِ، والدَّينِ[٢]، والشَّعْرِ والماءِ في العَين.

اعلَم أن الْمُشتريَ إذا وَجَد بالْمَبيع عَيبًا فهو بالخِيار، إن شاء أخَذه بكلِّ الثَّمَنِ، وإن شاء رَدَّه؛ لأن مُطلَقَ العقدِ يَقتَضي سَلامةَ الْمَبيعِ عن العَيب؛ لأن كلَّ واحِدٍ من العاقِدَين صاحِبُ عقلٍ وتَميزٍ، فأَبى أن يَغبِنَ أو يُغبَنَ.

والْمُرادُ: عَيبٌ كان عندَ البائِعِ، ولم يَرَه الْمُشتَري عندَ البيعِ ولا عندَ القبضِ؛ لأن ذلك رِضًا به.

وليس له أن يُمسِكَه ويَأخُذَ النُّقصانَ؛ لأن الأوصافَ لا يُقابِلُها شيءٌ من الثَّمَن بمُجرَّد العقدِ؛ لأن الثَّمَنَ عَينٌ، فيَكونُ مُقابَلًا بالعَين دونَ الوصفِ؛ لأنه عرَضٌ غيرُ مُتقوَّمٍ، فأنّى يُقابِلُه عَينٌ مُتقوَّمٌ؟!

ولأن الثَّمَنَ لا يَخلو إما أن يُقابَلَ بالوَصف والأصلِ، وفيه تَسوِيةٌ بينَ التَّبَعِ والأصلِ، أو بالوَصف فقط، وفيه تَرجيحُ التَّبَعِ على الأَصل، أو بالأَصل دونَ الوصفِ، وهو الْمَرامُ، إلا إذا صارت مَقصودةً بالتَّناوُل حَقيقةً، كما لو قَطَع البائِعُ يدَ الْمَبيعِ قبلَ القبضِ، فإنه[٣] يَسقُطُ به نِصفُ الثَّمَنِ؛ لأنه صار مَقصودًا بالتَّناوُل، أو حُكمًا، بأن يَمتنِعَ

---

(١) في (و): والأدرة.

(٢) في (هـ): والدبر.

(٣) في (و): حتى.

الرَّدُّ لحقِّ البائِعِ بالتَّعيُّب عندَ الْمُشتَري، أو لحقِّ الشَّرعِ بالخِياطة.

ولأنه لو أمسَكه وأخَذ النُّقصانَ لتَضرَّر به البائِعُ؛ لأنه ما رَضِي بزَوال الْمَبيعِ عن مِلكه إلا بكلِّ الثَّمَنِ، ولو أمسَكه ولا يَأخُذُ النُّقصانَ يَتضرَّرُ به الْمُشتَري، وبالرَّدِّ يَندفِعُ الضَّرَرُ عنه بلا تَضرُّر البائِعِ، فصِرنا إليه.

وكلُّ ما أوجَب نُقصانَ الثَّمَنِ في عادة التُّجّارِ فهو عَيبٌ؛ لأن العَيبَ ما يُنقِصُ الماليّةَ؛ إذ هي مَقصودةٌ بالبَيع، وما يُنقِصُ الثَّمَنَ يُنقِصُ الماليّةَ، والْمَرجِعُ في مَعرِفته عُرفُ أهلِه.

والإباقُ، والبولُ في الفِراش، والسَّرِقةُ.. في الصِّغَر[1]: عَيبٌ ما لم يَبلُغ، فإذا بَلَغ فليس ذلك الماضِي بعَيبٍ حتى يُعاوِدَه بعدَ البُلوغِ في يَد البائِعِ، ثم يَبيعَه فيُعاوِدَه في يَد الْمُشتَري.

ومَعنى هذا: أنه إذا ظَهَرت هذه العُيوبُ عندَ البائِعِ في صِغَره، ثم حَدَثت عندَ الْمُشتَري في صِغَره: فهو عَيبٌ يُرَدُّ به؛ لاتِّحاد العَيبِ باتِّحاد السَّبَبِ.

وإذا وُجِدت هذه الأشياءُ في صِغَره، فباعه، فوُجِدت عندَ الْمُشتَري بعدَ البُلوغِ: لم[2] يَرُدَّه؛ لاختِلاف العَيبِ باختِلاف السَّبَبِ.

وإن وُجِدت هذه الأشياءُ بعدَ البُلوغِ عندَ البائِعِ، ثم وُجِدت عندَ الْمُشتَري: يَرُدُّ به.

لأن شرطَ استِحقاقِ الرَّدِّ وُجودُ العَيبِ الواحِدِ عندَ البائِعِ والْمُشتَري، فأما العَيبُ الذي في يَد البائِعِ: فلا يُوجِبُ الرَّدَّ للمُشتَري بعَيبٍ حَدَث في يَده، واتِّحادُ الحالِ دَليلُ اتِّحادِ السَّبَبِ، وذا دَليلُ اتِّحادِ العَيبِ، واختِلافُ الحالِ دَليلُ اختِلافِ السَّبَبِ، وذا دَليلُ

---

(١) في (د) و(هـ): الصغير.

(٢) سقطت من (و).

اختِلافِ العَيبِ.

فالإباقُ، والبولُ في الفِراش، والسَّرِقةُ.. في حال الصِّغَرِ: لحُبِّ اللَّعِبِ، وضَعفِ الْمَثانةِ، وقِلّةِ التّأمُّلِ في العَواقِبِ[1]، وفي حال الكِبَرِ: لخُبثٍ في الباطِنِ فِرارًا عن العَمَل، وداءٍ في الباطِنِ، وخُبثٍ في الطَّبيعة رَغبةً[2] في المال، فاختَلَف السَّبَبُ باختِلاف الحالِ، فيَختلِفُ العَيبُ؛ لأن اختِلافَ الأسبابِ دَليلُ اختِلافِ الْمُسبَّباتِ.

والْمُرادُ بالصَّغير: من يَعقِلُ، فأما الذي لا يَعقِلُ: فهو يَضِلُّ ولا يَأبِقُ، فلا يَكونُ[3] عَيبًا؛ لأن الإباقَ إنما يَكونُ عن قصدٍ.

والسَّرِقةُ والبولُ في الفِراش كذلك لا يَكونُ عَيبًا في الصَّغير جِدًّا؛ لعَدَم القصدِ، وضَعفِ البِنيةِ.

والجُنونُ في الصَّغير عَيبٌ أبدًا، ومَعناه: إذا جُنَّ عندَ البائِعِ في الصِّغَر، ثم جُنَّ في يَد الْمُشتَري في الصِّغَر أو في أوّل[4] الكِبَرِ: يَرُدُّه؛ لأنه عَينُ[5] الأوّلِ؛ لأن السَّبَبَ مُتَّحِدٌ في الحالَين، وهو آفةٌ تَحُلُّ الدِّماغَ.

وقِيل: إذا اشتَرى عبدًا قد جُنَّ عندَ البائِعِ فله أن يَرُدَّ، وإن لم يُجَنَّ عندَ الْمُشتَري؛ لأن سببَه آفةٌ تَحُلُّ الدِّماغَ، وهي إذا تَمكَّنت لا تَزولُ.

والجُمهورُ على أنه لا يَرُدُّ ما لم يُعاوِد عندَ الْمُشتَري، وهو الصَّحيحُ؛ لأن اللهَ تَعالى قادِرٌ على إزالة تلك الآفةِ، كسائِر العِلَلِ، فلم يكن من ضَرورة وُجودِها يومًا بَقاؤُها أبدًا.

(١) قوله: (في العواقب) مثبت من (و).

(٢) في (هـ): ورغبة.

(٣) في (هـ): فيكون.

(٤) مثبتة من (هـ).

(٥) في (هـ): غير.

والبَخَرُ والذَّفَرُ: عَيبٌ في الأمة؛ لأنها تُقرَّبُ للخِدمة والاستِفراشِ، وهما يُخِلّان بهما، وليسا بعَيبٍ في الغُلام؛ لأن الْمَولى يَستخدِمُه بالبُعد من نَفسه، إلا أن يَكونَ[1] فاحِشًا؛ لأن ذا يَدُلُّ على داءٍ في الباطِن، فالدّاءُ نفسُه عَيبٌ.

والزِّنى وولَدُ الزِّنى: عَيبٌ في الأَمة؛ لأن الْمَقصودَ بها هو الاستِفراشُ، وزِناها يُخِلُّ بهذا الْمَقصودِ، دونَ الغُلامِ؛ لأن الْمَقصودَ به الاستِخدامُ في أُمورِ خارِجَ البيتِ، وزِناه أو كونُه ولَدَ الزِّنى لا يُخِلُّ بهذا الْمَقصودِ، إلا أن يَكونَ الزِّنى عادةً له؛ لأنه يَتمكَّنُ الخلَلُ في مَقصوده حينئذٍ، فكُلَّما وَجَّهه سيِّدُه في حاجةٍ يَذهَبُ في مُتابَعة هَواه، ويَترُكُ خِدمةَ مَولاه.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الزِّنى عَيبٌ مُطلَقًا، كالسَّرِقة.

والكُفرُ عَيبٌ فيهما؛ لأن الْمُسلِمَ يَتنفَّرُ[2] عن صُحبته[3]؛ للعَداوة الدِّينيّةِ، ولا يَقدِرُ على استِخدامه في الأُمور الدِّينيّةِ، كاتِّخاذ الماءِ للوُضوء، وحملِ الْمُصحَفِ إليه، ولا يَقدِرُ على تَحريره في كَفّارة القتلِ.

فلو اشتَراه على أنه كافِرٌ، فوَجَده مُسلِمًا: ليس له أن يَرُدَّه؛ لأن الكُفرَ عَيبٌ، فقد اشتَراه على أنه مَعيبٌ، فإذا هو سَليمٌ.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: له أن يَرُدَّه؛ لفَوات الشَّرطِ الْمَرغوبِ، فاستِعبادُ الكافِرِ مَطلوبُ الْمُسلِمِ؛ لأن فيه إذلالًا له.

قُلنا: ذا يَرجِعُ إلى الدِّيانة لا إلى الماليّة.

---

(١) أي البخر أو الذفر.

(٢) في (ب) و(هـ): ينفر، وفي (ج): يتعير.

(٣) في (هـ): صحبتهما.

وانقِطاعُ الحيضِ في البالِغة والاستِحاضةُ: عَيبٌ؛ لأن انقِطاعَ الحيضِ في أوانه والاستِحاضةَ دَليلُ داءٍ في الباطِنِ؛ إذ العادةُ الأصلِيّةُ في النِّساء اللّاتي جُبِلن على السَّلامة أن يَحِضْنَ في أوانه، ويَطهُرْنَ في أوانه، فإذا كان بخِلافه كان لداءٍ في الباطِنِ.

ويُعتبَرُ في ذلك أقصى ما يَنتَهي إليه ابتِداءُ الحيضِ، وذا سَبعةَ عشَرَ سنةً؛ لأن ذا أقصى غايةِ بُلوغِهنَّ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وإنما يُعرَفُ هذا بقَول الأمةِ؛ لأنه لا طَريقَ إلى مَعرِفة ذلك إلا هذا.

ثم يُستحلَفُ البائِعُ مع هذا إن كان بعدَ القبضِ، فتُرَدُّ بنكوله، وإن كان قبلَ القبضِ فكذلك في الصَّحيح.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تُرَدُّ بلا يَمين البائِعِ؛ لأن البيعَ قبلَ القبضِ ضَعيفٌ، حتى مَلَك الْمُشتَري الرَّدَّ بالعَيب قبلَ القبضِ بلا قَضاءٍ ورِضاءٍ، وصَحَّ فسخُ العقدِ الضَّعيفِ بحُجّةٍ ضَعيفةٍ.

قالُوا: في ظاهِر الرِّوايةِ: لا قولَ للأَمة في ذلك.

واعلَم أن الْمُشتريَ إذا ادَّعى انقِطاعَ الحيضِ فالقاضِي يَسألُه عن مُدّة الانقِطاعِ، فإن ادَّعى الانقِطاعَ في مُدّةٍ قَصيرةٍ: لا تُسمَعُ دَعواه، وإن ادَّعى الانقِطاعَ في مُدّةٍ مَديدةٍ: تُسمَعُ دَعواه.

والْمَديدةُ مُقدَّرةٌ بثَلاثة أشهُرٍ عندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وبأربَعة أشهُرٍ[1] عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعن أبي حنيفةَ وزفرَ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: بسَنتَين.

فإذا عَرفتَ الْمَديدةَ فما دونَها قَصيرةٌ.

---

(١) في (هـ): أشهر وعشر.

ثم بعدَ ذلك إن كان القاضِي مُجتهِدًا يَقضي بما أدّى إليه اجتِهادُه، وإلا يَأخُذُ بالْمُتَّفَق، وهو سَنتان.

فإذا ادَّعى الانقِطاعَ في مُدّةٍ كَثيرةٍ: لا تُسمَعُ دَعواه ما لم يَدَّعِ أن ارتِفاعَ الحيضِ بسببٍ، بالدّاء أو الحبَلِ، فإذا ادَّعى ذلك: فحينَئذٍ يَسألُ البائِعَ أهي كما يَدَّعي الْمُشتَري، فإن قال: (نعم): رَدَّها على البائِع بإقراره، وإن قال: (هي كذلك للحال، ولكن ما كانت مُنقطِعةَ الحيضِ عِندي، وإنما حَدَث هذا العَيبُ عندَ الْمُشتَري): تَوجَّهت الخُصومةُ على البائِع؛ لتَصادُقهما على قِيام العَيبِ للحال.

فإن طَلَب الْمُشتَري يَمينَ البائِع: يُحلَّفُ البائِعُ على ذلك، كما يُحلَّفُ في سائِر العُيوبِ، فإن حَلَف بَرِئ، وإن نكَل تُرَدُّ عليه؛ لأن نُكولَه كإقراره.

فإن شَهِد للمُشتَري شُهودٌ على انقِطاع الحيضِ عندَ البائِع: لا تُقبَلُ شَهادتُهم، بخِلاف ما لو شَهِدوا على كَونها مُستحاضةً؛ لأن الاستِحاضةَ دُرورُ الدَّمِ، فيُطلَّعُ عليه، أما انقِطاعُ الحيضِ على وجهٍ يُعَدُّ عَيبًا: فلا يَقِفُ عليه الشُّهودُ، فقد تَيقَّن القاضِي بكَذِبهم، فلا يَقبَلُ شَهادتَهم.

وإن أنكَر البائِعُ انقِطاعَ حيضِها في الحال لا يُستحلَفُ على ذلك عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندَهما: يُستحلَفُ؛ لِما نُبيِّنُ إن شاء اللهُ تَعالى.

والثُّؤلولُ عَيبٌ، وكذا الخالُ.. إن قَبُحا، بأن كانا يُنقِصان الثَّمنَ، بأن كَثُرا[1].

والصُّهوبةُ -وهي حُمرةٌ في الشَّعْر- عَيبٌ إذا فَحُشت بحيث تَضرِبُ إلى البَياض.

وكذا الشَّمَطُ، وهو: اختِلاطُ البَياضِ بالسَّواد في الشَّعْر؛ لأنه في غَير أوانِه دَليلُ الدّاءِ، وفي أَوانه دَليلُ الكِبَرِ.

---

(١) في (هـ): كبرا.

والأدَرُ عَيبٌ، وهو: انتِفاخٌ في الخصيتين.

والعَشا عَيبٌ، وهو: ضَعفٌ في البَصَر بحيث لا يُبصِرُ باللَّيل.

والسِّنُّ السّاقِطةُ(١) عَيبٌ، ضِرسًا كان أو غيرَه؛ لأنه يَشينُه ويُنقِصُ من الثَّمَن.

وكذا السِّنُّ السَّوداءُ(٢)، والظُّفُرُ الأسوَدُ: عَيبٌ إذا كان يُنقِصُ الثَّمَنَ.

والعَسَرُ عَيبٌ، وهو: أن يَعمَلَ بيَساره.

والكيُّ عَيبٌ إذا كان من داءٍ، وإلا لا، كما في الحَبَشة.

والقُروحُ عَيبٌ.

والحَرَنُ عَيبٌ، وهو الكسَلُ في الدّابّة، وهو على وجهٍ لا تَسيرُ إلا بتَسييرٍ بَليغٍ.

والجَمْحُ عَيبٌ، وهو: أن لا يَلينَ عندَ الإلجامِ.

والفَدَعُ عَيبٌ، وهو: اعوِجاجٌ في مَفاصِل الرِّجلِ.

والفَحَجُ عَيبٌ، وهو: تَباعُدُ ما بينَ القَدَمَين.

والصَّكَكُ عَيبٌ، وهو: أن تَصطَكَّ إحدى رُكبتَيه على الأُخرى.

والْمَشَشُ عَيبٌ، وهو: وَرَمٌ في الدّابّة لها صَلابةٌ دونَ صَلابةِ العظمِ.

والحَوَلُ عَيبٌ؛ لأنه يُمكِّنُ ضَعفًا في البَصَر، حتى يَرى الأحوَلُ الشَّيءَ الواحِدَ شَيئَين.

والحَوَصُ عَيبٌ، وهو: ضِيقٌ مُتناهٍ في العَين.

والسُّعالُ القَديمُ عَيبٌ.

والدَّينُ عَيبٌ؛ لأن ماليَّتَه تكونُ مَشغولةً بحقِّ الغُرَماءِ.

---

(١) في (ب) و(ج): الساقط.

(٢) في (و) زيادة: لا يشين.

والشَّعْرُ والماءُ في العَين: عَيبٌ؛ لأنه يُضعِفُ البصَرَ.

فلو حَدَث عندَ الْمُشتَري عَيبٌ، واطَّلَع على عَيبٍ كان عندَ البائِعِ: رَجَع بنُقصانه أو رَدَّ بِرِضا بائِعِه؛ لأن الجُزءَ الفائِتَ صار مُستحَقًّا بالعَقد للمُشتَري، وقد تَعذَّر تَسليمُه إليه، فيَرُدُّ حِصّتَه من الثَّمَن؛ لأنه صار مَقصودًا بالْمَنع[1]، فيَكونُ له حِصّةٌ من الثَّمَن.

وطَرِيقُ مَعرِفتِه: أن يُقوَّمَ وبه عَيبٌ، ويُقوَّمَ ولا عَيبَ به، فإن كان تَفاوُتُ ما بينَ القِيمتَين العُشرَ: رَجَع بعُشر الثَّمَنِ، وإن كان نِصفَ العُشرِ: رَجَع بنِصف عُشرِ الثَّمَنِ، إلا أن يَرضى البائِعُ أن يَرُدَّه عليه؛ لأن المانِعَ من الرَّدِّ حَقُّ البائِعِ، وقد زال ذلك حينَ رَضِي به.

ولا يَرُدُّ الْمَبيعَ، وقال مالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَرُدُّه، ويَرُدُّ معه نُقصانَ العَيبِ الحادِثِ في يَده؛ لأن ردَّ البدَلِ عندَ تَعذُّرِ ردِّ العَينِ كردِّ الْمُبدَلِ، فصار رادًّا كلَّ الْمَبيعِ، فيَرجِعُ بكلِّ الثَّمَنِ.

ولنا: أن حقَّ الرَّدِّ ثَبَت للمُشتَري ليَدفَعَ به الضَّرَرَ عن نَفسه على وجهٍ لا يَتضرَّرُ بائِعُه، وبعدَما تَعيَّب عندَه لو رَدَّه لتَضرَّر به بائِعُه؛ لأنه خَرَج عن مِلكه سالِمًا، ويَعودُ مَعيبًا، فامتَنَع الرَّدُّ، ولا بُدَّ من دَفع الضَّرَرِ عنه، والضَّرَرُ يَندفِعُ عنه بثُبوت حَقِّ الرُّجوعِ بحِصّة العَيبِ من الثَّمَن، فيُصارُ إليه.

فلو حَدَث آخَرُ: رَجَع بنُقصانه، أو رَدَّ بِرِضا بائِعِه، كثَوبٍ قَطَعه ووَجَد به عَيبًا، فلو خاطَه، أو صَبَغه، أو لَتَّ[2] السَّويقَ بسَمنٍ: لم يَأخُذ بائِعُه، ورَجَع بنُقصانه، وإن باعَه بعدَ

(١) في (ب) و(هـ): بالبيع.

(٢) لت الرجل السويق لتًّا -من باب قتل-: بله بشيء من الماء، وهو أخف من البس. «المصباح» ٢/ ٥٤٩. قال ابن السكيت: بسست السويق والدقيق أبُسُّه بسًّا إذا بللته بشيء من الماء، وهو أشد من=

رُؤيةِ العَيبِ، كما لو حَرَّره بلا مالٍ(ب)، أو مات.

ومن اشتَرى ثَوبًا، فقَطَعه ولم يَخِطه، فوَجَد به عَيبًا: رَجَع بنُقصان العَيبِ من الثَّمَن؛ لامتِناع الرَّدِّ بالقَطع؛ لكَونه عَيبًا حادِثًا.

فإن قال البائعُ: (أنا أقبَلُه كذلك): له ذلك؛ لأن الرَّدَّ امتَنَع لحقِّ البائعِ، وقد رَضِي به، فزال المانِعُ.

فإن باعه الْمُشتَري لم يَرجِع بشيءٍ، عَلِم أوْ لا؛ لأن الرَّدَّ لم يَمتنِع برِضا البائعِ، بل تَعذَّر ببَيع الْمُشتَري إيّاه؛ وهذا لأنه يُمسِكُ بدَلَه، وإمساكُ البدَلِ كإمساك الْمُبدَلِ، ولو كان الْمُبدَلُ[1] في يَده ليس له أن يُمسِكَه ويَرجِعَ بنُقصان العَيبِ، كذا هنا.

فإن قَطَع الثَّوبَ وخاطه، أو صَبَغه أحمَرَ أو أصفَرَ، أو لَتَّ السَّويقَ بسمنٍ، ثم اطَّلَع على عَيبٍ: رَجَع بنُقصانه؛ لامتِناع الرَّدِّ بسَبَب الزِّيادةِ؛ إذ الفسخُ في الأَصل بدُون الزِّيادةِ لا يُمكِنُ؛ لأنها لا تَنفَكُّ عنه، ومع الزِّيادةِ لا يُمكِنُ أيضًا؛ لأن العقدَ لم يَرِد على الزِّيادة، فلا يَرِدُ عليه الفسخُ ضَرورةً؛ إذ فسخُ العقدِ رفعُه، فلا يَرِدُ على ما لم يَرِد عليه العقدُ.

فإن قِيل: يُشكِلُ بالزِّيادة الْمُتَّصِلةِ الْمُتولِّدةِ من الْمَبيع، كالسِّمَن والجَمالِ؛ فإنها لا تَمنَعُ الرَّدَّ بالعَيب في ظاهِر الرِّوايةِ.

قُلنا: لأن فسْخَ العقدِ ثَمَّ في الزِّيادة مُمكِنٌ؛ لأن الزِّيادةَ تَبَعٌ محضٌ باعتِبار التَّولُّدِ والتَّفرُّعِ والاتِّصالِ.

والحاصِلُ: أن الزِّيادةَ نَوعان: مُتَّصِلةٌ، ومُنفصِلةٌ.

والْمُتَّصِلةُ نَوعان:

= اللتّ. المصباح ١/ ٤٨.

(١) في (ب): البدل.

مُتولِّدةٌ، كالسِّمَن والجَمالِ، وهي لا تَمنَعُ الرَّدَّ بالعَيب؛ لِما مَرّ.

ومُتَّصِلةٌ غيرُ مُتولِّدةٍ، كالصَّبغ، والخِياطةِ، واللَّتِّ، وهي تَمنَعُ الرَّدَّ بالعَيب اتِّفاقًا.

والمُنفصِلةُ نَوعان:

مُتولِّدةٌ، كالوَلَد والثَّمَرِ، وهي تَمنَعُ الرَّدَّ بالعَيب؛ لأنه لا سَبيلَ إلى فَسخه مَقصودًا؛ لأن العقدَ لم يَرِد على الزِّيادة، ولا سَبيلَ إلى فَسخه تبَعًا؛ لانقِطاع التَّبَعيةِ بالانفِصال.

وغيرُ مُتولِّدةٍ من المَبيع، كالكَسب، وهي لا تَمنَعُ الرَّدَّ بالعَيب، بل تَفسَخُ العقدَ في الأَصل دونَ الزِّيادةِ، وتَسلَمُ الزِّيادةُ للمُشتَري مَجّانًا، بخِلاف الولَدِ.

والفرقُ: أن الكسبَ ليس يَمتنِعُ[1] بحالٍ؛ لأنه تَولَّد من المَنافِع، وهي غيرُ الأعيانِ، والولَدُ تولَّد من المَبيع، فيكونُ له حُكمُ المَبيعِ، فلا يَجوزُ أن يَسلَمَ له مَجّانًا؛ لِما فيه من الرِّبا؛ لأنه يَبقى في يَده بلا عِوَضٍ في عَقد المُعاوَضةِ، والرِّبا اسمٌ لِما يُستحَقُّ بالمُعاوَضة بلا عِوَضٍ يُقابِلُه.

وليس للبائِع أن يَأخُذَه؛ لأن امتِناعَ الرَّدِّ لحقِّ الشَّرعِ؛ للزِّيادة الحادِثةِ، لا لحقِّه.

فإن باعه المُشتَري بعدَما رَأى العَيبَ رَجَع بالنُّقصان أيضًا؛ لأن الرَّدَّ كان مُمتنِعًا قبلَ البيعِ؛ للزِّيادة الحادِثةِ في الثَّوب من مِلك المُشتَري، فلم يكن المُشتَري بالبَيع حابِسًا المَبيعَ.

والأصلُ: أن في كلِّ مَوضِعٍ لو كان المَبيعُ قائِمًا على مِلكه يُمكِنُه ردُّه برِضا البائِع.. فإذا باعه لا يَرجِعُ بنقصان العَيبِ؛ لامتِناع الرَّدِّ بفِعله؛ لأنه بالبَيع صار مُمسِكًا المَبيعَ مَعنًى؛ لقِيام المُشتَري مَقامَه في إمساك المَبيعِ، فصار حبسُ المُشتَري المَبيعَ كحَبسه، فكأن المَبيعَ في يَده، وهو يُريدُ أن يَرجعَ بنُقصان العَيبِ، وثَمَّ ليس له ذلك، كذا هنا.

(١) في (ج): بمبيع.

وفي كلِّ مَوضِعٍ لو كان الْمَبيعُ قائِمًا على مِلكه لا يُمكِنُه ردُّه، وإن رَضِي البائِعُ به.. فإذا أخرَجه عن مِلكه يَرجِعُ بنُقصان العَيبِ؛ لأن الرَّدَّ كان مُمتنِعًا قبلَ بيعِه، فلم يَصِر الْمُشتَرِي مُمسِكًا الْمَبيعَ ببَيعه، فبَقِي أرْشُ العَيبِ بحاله.

وكذا لو صَبَغه أسوَدَ عندَهما[1]؛ لأن السَّوادَ زِيادةٌ عندَهما، وعندَه: السَّوادُ نُقصانٌ، كالقَطع، فإنما تَعذَّر ردُّه ببيعه، فلا يَرجِعُ بنُقصان العَيبِ.

ولهذا قُلنا: إن من اشتَرى ثَوبًا، فقَطَعه لِباسًا لوَلَده الصَّغيرِ وخاطه، ثم وَجَد به عَيبًا: لا يَرجِعُ بنُقصان العَيبِ؛ لأنه صار واهِبًا للصَّغير بالقَطع، مُسلِّمًا إليه قبلَ الخِياطةِ، فلم يَمتنِع الرَّدُّ قبلَ الهِبةِ، فكان هو حابِسًا للمَبيع، فلا يَرجِعُ.

ولو كان الولَدُ كَبيرًا يَرجِعُ بنُقصان العَيبِ؛ لأنه لم يَصِر مُسلِّمًا إليه إلا بعدَ الخِياطةِ، فكان الرَّدُّ مُمتنِعًا قبلَ الهِبةِ، فلم يَصِر حابِسًا، فيَرجِعُ.

ومن اشتَرى عبدًا، فحَرَّره بلا مالٍ، أو مات عندَه، فاطَّلَع على عَيبٍ: رَجَع بنُقصان العَيبِ.

أما الموتُ: فلأن الْمِلكَ يَنتَهي به؛ لأن الْمِلكَ في محَلِّ الحَياةِ يَثبُتُ باعتِبارها، فيَنتَهي بانتِهائها، والامتِناعُ حُكميٌّ لا بفِعله، فلا يَمتنِعُ الرُّجوعُ.

وأما التَّحريرُ: فالقِياسُ فيه أن لا يَرجِعَ بالنُّقصان، وهو قولُ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن امتِناعَ الرَّدِّ بفِعله، فصار كالقَتل؛ وهذا لأنه لَمّا اكتَسَب بسبَبٍ[2] تَعذَّر الرَّدُّ فيه كان حابِسًا له حُكمًا، فكأنه مَحبوسٌ في يَده ويُريدُ الرُّجوعَ بنُقصانه.

وفي الاستِحسان: يَرجِعُ بنُقصان العَيبِ؛ لأن الإعتاقَ إنهاءٌ للمِلك، أي: إتمامٌ له؛

(١) مثبتة من (ب) و(هـ).

(٢) في سوى (ب) و(د): سبب. والمثبت كما في «العناية» ٦/ ٣٩٦.

لأن الْمِلكَ في الآدَميِّ ثَبَت على مُنافاة الدَّليلِ إلى غاية العِتقِ، والشَّيءُ يَنتَهي بمُضِيِّ مُدَّتِه، والْمُنتَهي مُتقرِّرٌ في نَفسه، ولهذا يَثبُتُ الوَلاءُ بالعِتق، والوَلاءُ أثَرٌ من آثار الْمِلكِ[1]، فبَقاؤُه كبَقاء أصلِ الْمِلكِ.

والتَّدبيرُ والاستِيلادُ كالإعتاق؛ لأنهما لا يُزِيلان الْمِلكَ، ولكن المحَلُّ بهما يَخرُجُ من أن يَكونَ قابِلًا للنَّقل من مِلكٍ إلى مِلكٍ، فقد تَعذَّر الرَّدُّ مع بَقاءِ الْمِلكِ الْمُستفادِ بالشِّراء حَقيقةً أو حُكمًا، فيَرجِعُ بنُقصان العَيبِ؛ لأنه استَحَقَّ ذلك الْمِلكَ بوَصف السَّلامةِ، كما لو تَعيَّب عندَه.

ولو كاتَبه، أو أبَق(س)، أو قُتِل(س)، أو باع، أو أكَل(س م)، ولو بعضَه، أو لَبِس، فتَخرَّق(س م): لا.

ولو حَرَّرَه بمالٍ، أو كاتَبه، ثم اطَّلَع على عَيبٍ: لم يَرجِع بشيءٍ؛ لأنه أَزال مِلكَه بعِوَضٍ، فصار كالبَيع؛ وهذا لأن حبْسَ البدَلِ كحَبس الْمُبدَلِ، ولو حَبَس عَينَه لا يَرجِعُ، فكذا إذا حَبَس بدَلَه.

وعن أبي حنيفةَ -وهو قولُ أبي يوسفَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ-: أنه يَرجِعُ؛ لأن البدَلَ والْمُبدَلَ مِلكُه، فصار كالإعتاق بلا مالٍ.

ولأن الإعتاقَ مُنهٍ للمِلك، سَواءٌ كان بعِوَضٍ أوْ لا بعِوَضٍ، حتى[2] يَثبُتُ الوَلاءُ في الْمَوضِعَين.

وإن أبَق، ثم عَلِم بعَيبٍ: لم يَرجِع بنُقصانه ما دام حيًّا عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُٱللَّهُ.

---

(١) في (هـ): العتق.

(٢) في (و): حيث.

وعن[1] أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَرجعُ[2]؛ لأن العجزَ في الحال مُتحقِّقٌ، والعَودَ مَوهومٌ.

وله: أن الرُّجوعَ بنُقصان العَيبِ خلفٌ عن الرَّدِّ بالعَيب، وإنما يُصارُ إلى الخَلَف عندَ وُقوعِ اليأسِ عن الأصل، وما دام حيًّا فالعَودُ مُمكِنٌ، فكان الرَّدُّ مَوهومًا، فيَمنعُ الرُّجوعَ بالنُّقصان.

وإن قَتَله، أو باعه، أو أكَله بأن كان طَعامًا، أو باع بعضَه، أو أكَل بعضَه، أو لَبِس فتَخرَّق: لا يَرجعُ بشيءٍ.

والأصلُ: أن امتِناعَ الرَّدِّ إذا كان بفِعلٍ مَضمونٍ من الْمُشتَري لا يَرجعُ بشيءٍ؛ لأنه متى كان مَضمونًا كان مُمسِكًا للمَبيع مَعنًى، ومِن شرطِ الرُّجوعِ بالنُّقصان أن لا يَكونَ مُمسِكًا إيّاه.

وإذا امتَنَع الرَّدُّ لا بفِعلٍ منه، بأن هَلَك، أو بفِعلٍ غيرِ مَضمونٍ منه: يَرجعُ؛ لأنه لا يُتصوَّرُ أن يَكونَ مُمسِكًا.

ثم القتلُ فِعلٌ مَضمونٌ؛ إذ لو باشَره في مِلك الغيرِ يَضمَنُ، وإنما استَفاد البَراءةَ عن الضَّمان هنا بمِلكه فيه، فيُجعَلُ سُقوطُ الضَّمانِ عنه بسَبَب الْمِلكِ، وقد زال عنه الْمِلكُ بالقَتل اعتياضًا عن الْمِلك، ولهذا يَأثَمُ، وتَجِبُ عليه الكَفّارةُ إن كان خطأً، ويَضمَنُ إن كان مَديونًا.

وإنما لم يَضمَن إذا لم يكن مَديونًا: لعَدَم الفائِدةِ؛ لاستِحالة الوُجوبِ له عليه، فصار الضَّمانُ كالسّالِم له مَعنًى بهذا الاعتِبارِ.

---

(١) في (ب): وعند.

(٢) في (هـ): لا يرجع.

بخِلاف الإعتاقِ؛ لأنه لا يُوجِبُ الضَّمانَ عليه مُطلَقًا لو فَعَله في مِلك غيرِه؛ لعَدَم النَّفاذِ، ومن[1] أحَد الشَّريكَين وإن نَفَذ.. فلا يَتعلَّقُ به الضَّمانُ مُطلَقًا؛ لأنه إذا كان مُعسِرًا لم يَضمَن؛ وهذا لأن الإعتاقَ تَصرُّفٌ شَرعيٌّ، واعتِبارُه بشَرطه، وهو الْمِلكُ، بخِلاف القتلِ؛ فإنه حِسِّيٌّ يُتصوَّرُ في الْمِلك وفي غَيره، فهو لم يَستفِد بالإعتاق عِوَضًا حَقيقةً وحُكمًا، فلا يَكونُ حابِسًا الْمَبيعَ، فيَرجِعُ بالنُّقصان.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَرجِعُ؛ لأن الْمَقتولَ ميْتٌ بأجَله، فكأنه مات حَتْفَ أنفِه.

وأما البيعُ: فلما مَرّ.

وأما الأكلُ واللُّبسُ: فعلى الخِلاف: عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَرجِعُ، وعندَهما: يَرجِعُ؛ لأنه صَنَع في الْمَبيع ما يُعتادُ فِعلُه فيه، ويُشترَى لأجْله، فلا يَمنَعُ من الرُّجوع بنُقصان العَيبِ، كالإعتاق.

وله: أنه تَعذَّر الرَّدُّ بفِعلٍ مَضمونٍ منه في الْمَبيع، فلا يَرجِعُ بنُقصان العَيبِ، كالإحراق والقتلِ؛ وهذا لأنهما يُوجِبان الضَّمانَ في مِلك الغيرِ، وإنما استَفاد البَراءةَ عنه: لِمِلكه في المحَلّ، فذا بمَنزِلة عِوَضٍ سَلِم له، وكما أنهما يُقصَدان بالشِّراء فالبيعُ يُقصَدُ بالشِّراء، ثم لا يُعتبَرُ ذلك في إثبات حقِّ الرُّجوعِ بنُقصان العَيبِ؛ لسَلامة العِوَضِ له، كذا هنا.

وإن باع بعضَه، ثم وَجَد به عَيبًا: لا يَرجِعُ بالنُّقصان، لا في الْمُزال ولا في الباقِي عندَنا؛ لأن امتِناعَ الرَّدِّ في الباقِي بفِعله؛ حيث باع بعضَه.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَرجِعُ بنُقصان الباقِي؛ اعتِبارًا للبَعض بالكلّ.

---

(١) في (هـ): من.

وإن أكَل بعضَه، ثم عَلِم بالعَيب.. فعندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَرُدُّ ما بَقِي، ولا يَرجِعُ بنُقصان ما أكَل وما بَقِي؛ لأن الطَّعامَ في الحُكم كشيءٍ واحِدٍ، فلا يَرُدُّ بعضَه بالعَيب دونَ البعضِ، كما لو باع البعضَ.

وعنهما[١]: يَرجِعُ بنُقصان العَيبِ في الكلِّ؛ لأن الطَّعامَ شيءٌ واحِدٌ، فلا يَرُدُّ بعضَه بالعَيب، وأكلُ الكلِّ عندَهما لا يَمنَعُ من الرُّجوع بنُقصان العَيبِ، فأكلُ البعضِ أولى.

وعنهما: يَرُدُّ ما بَقِي؛ لأنه مما لا[٢] يَضُرُّه التَّبعيضُ، وهو قادِرٌ على الرَّدِّ كما قَبَضه، ويَرجِعُ بنُقصان العَيبِ فيما أكَل.

ولو بَيضًا، أو قِثّاءً[٣]، أو جَوزًا، ووَجَده فاسِدًا يُنتفَعُ به: رَجَع بنُقصانه(ف)، وإلا بكلِّ الثَّمنِ.

ومن اشتَرى بيَضًا، أو قِثّاءً، أو جوزًا، أو قَثَدًا[٤]، أو بِطِّيخًا، ووَجَده فاسِدًا.. فإن كان يُنتفَعُ به مع فَسادِه: رَجَع بنُقصان العَيبِ، ولا يَرُدُّه؛ لتَعذُّره بالكَسر؛ لأنه عَيبٌ حادِثٌ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَرُدُّه إذا كَسَره[٥] مِقدارًا لا بُدَّ منه للعِلم بالعَيب؛ لأن البائِعَ

---

(١) في (ب) و(ج): وعندهما.

(٢) سقطت من (هـ).

(٣) القِثّاء: فِعال، وهمزته أصلية، وكسر القاف أكثر من ضمها، وهو: اسم لما يسميه الناس الخيار والعجور والفقوس، الواحدة قِثّاءة، وأرض مَقْثَأَة وِزان مَسبَعَة، وضم الثاء لغة: ذات قِثاء، وبعض الناس يطلق القثاء على نوع يشبه الخيار، وهو مطابق لقول الفقهاء في الربا: وفي القثاء مع الخيار وجهان، ولو حلف لا يأخذ الفاكهة حنث بالقثاء والخيار. «المصباح» ٢/ ٤٩٠.

(٤) في (هـ): خيارًا، وفي نسخة على هامش (ب): بندقًا.

قال في «المغرب» ص٣٧٢: القثد: الخيار، عن ابن الأعرابي، وتفسير القثاء بالخيار تسامح.

(٥) في (هـ) و(و): كسر.

سَلَّطه عليه، فكأنه فَعَله بنفسه ورَضِي به.

قُلنا: رَضِي بكَسره في مِلك نفسِه لا في مِلك بائِعِه، فيَجِبُ رِعايةُ حقِّهما، وذا بالرُّجوع بالنُّقصان، كما لو كان ثَوبًا فقطَعه، إلا أن يَرضى البائِعُ أن يَأخُذَه مَكسورًا.

ولو وَجَده بهذه الصِّفةِ قبلَ الكسرِ رَدَّه؛ لإمكانه.

وإن لم يُنتفَع به رَدَّه، ورَجَع بكلِّ الثَّمَنِ، لا بحُكم الرَّدِّ بالعَيب، بل لبُطلان البيعِ؛ إذ الْمَبيعُ ليس بمالٍ؛ لأنه ما[1] يُنتفَعُ به، ومتى كان بحالٍ لا يُنتفَعُ به أصلًا بان أنه ليس بمالٍ، فلم يُصادِف البيعُ محلَّه، فيَرُدُّه، ويَرجِعُ بكلِّ الثَّمَنِ.

قالُوا: هذا يَستَقيمُ في البَيض؛ لأنه لا قِيمةَ لِقِشره، وكذا في الجَوز إذا لم يكن لِقِشره قِيمةٌ، أما إذا كان لِقِشره قِيمةٌ، بأن كان في مَوضِعٍ يُتَّخَذُ قِشرُه وَقودًا، فوَجَده خاوِيًا[2].. قِيل: يَرجِعُ بحِصّة اللُّبِّ، ويَصِحُّ العقدُ في القِشر بحِصّته؛ لأن[3] العقدَ في حقِّ القِشرِ صادَف محلَّه.

وقِيل: يَرُدُّ القِشرَ، ويَرجِعُ بكلِّ الثَّمَنِ؛ لأن مالِيّةَ الجَوزِ قبلَ الكسرِ باعتِبار اللُّبِّ دونَ القِشرِ، فإذا لم يَنتفِع بلُبِّه فات محلُّ البيعِ، فبَطَل البيعُ وإن كان للقِشر قِيمةٌ.

والجَوابُ في القِثّاء والبِطِّيخ كالجَواب في الجَوز في مَوضِعٍ يَعِزُّ فيه الحطَبُ.

هذا إذا وَجَد الكلَّ فاسِدًا، فإن وَجَد البعضَ فاسِدًا[4]، وهو قَليلٌ: صَحَّ البيعُ استِحسانًا؛ لأن الكَثيرَ من الجَوز لا يَخلو عن قَليلٍ فاسِدٍ، فهو كالتُّراب في الحِنطة، فلو

---

(١) في (هـ): لا.

(٢) في (هـ): خاليًا.

(٣) في (ب): ولأن.

(٤) في (ج): فإن وجد في البعض فاسدًا، وفي (د): فإن وجد في البعض فسادًا.

فَسَد البيعُ باعتِباره لانسَدَّ بابُ بيعِه.

والقَليلُ ما لا يَخلو عنه الجَوزُ عادةً، كالواحِد والاثنَين في المِائة.

وإن كان الفاسِدُ كثيرًا: لا يَصِحُّ في الكلّ، ويَرجِعُ بكلِّ الثَّمَنِ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لجَمعه في العَقد بينَ ما له قِيمةٌ وبينَ ما لا قِيمةَ له، فصار كالجَمع بينَ حُرٍّ وعبدٍ في البَيع.

وعندَهما: يَصِحُّ العقدُ فيما كان صَحيحًا.

وقِيل: يَفسُدُ العقدُ في الكلِّ إجماعًا؛ لأن الثَّمَنَ لم يُفصَّل.

باع الْمَبيعَ، فرُدَّ بقَضاءٍ: رُدَّ على بائِعه، وبرِضًا: لا.

وإن باع الْمُشتَري الْمَبيعَ، فرُدَّ عليه بعَيبٍ بقَضاءٍ: رَدَّه على بائِعه، وبرِضا الْمُشتَري: لا يَرُدُّ على بائِعه.

اعلَم أن من اشتَرى عبدًا، ثم باعه من آخَر، ثم وَجَد الْمُشتَري الآخَرُ به عَيبًا، فرَدَّه على الْمُشتَري الأوَّلِ.. إن رَدَّه قبلَ القبضِ بقَضاءٍ أو بِرضاءٍ: فللمُشتَري الأوَّل أن يَرُدَّه على بائِعه؛ لأن الرَّدَّ بالعَيب قبلَ القبضِ فسخٌ من الأَصل في حقِّ الكلِّ، حتى لا يَتوقَّفُ على القَضاء، فصار كأنه لم يَبِع.

وإن كان الْمُشتَري الآخَرُ قَبَض العبدَ، ثم رَدَّه على الْمُشتَري الأوَّلِ فإن كان الرَّدُّ بقَضاءٍ ببيِّنةٍ، أو بنُكول الْمُشتَري الأوَّلِ، أو بإِقراره بالعَيب: فله أن يَرُدَّه على بائِعه، إذا ثَبَت أن العَيبَ كان عندَ البائِعِ الأوَّلِ.

أما في الرَّدِّ بالبَيِّنة: فلأنه فسخٌ في حقِّ الكلِّ؛ لتعذُّر اعتِبارِه بيعًا جَديدًا؛ لانتِفاء الرِّضا من الْمُشتَري الأوَّلِ بالفَسخ، والبيعُ الجَديدُ لا يَصِحُّ إلا بتَراضِيهما، وإذا كان فسخًا صار الحالُ بعدَ الفسخِ كالحال قبلَ البيعِ، وقبلَ أن يَبيعَه الْمُشتَري الأوَّلُ إذا

وَجَد به عَيبًا له ردُّه على البائِع الأوَّلِ، إذا ثَبَت أن العَيبَ كان عندَ البائِعِ الأوَّلِ، كذا هنا.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَملِكُ ردَّه على بائِعه إن أقام الْمُشتَري الآخَرُ بيِّنةً أنه كان عندَ البائِعِ الأوَّلِ؛ لأنه أنكر قِيامَ العَيبِ، فكيف يَدَّعيه؟! وهو تَناقُضٌ.

قُلنا: قد صار مُكذَّبًا شرعًا بالقَضاء بالبيِّنة.

وكذا الرَّدُّ عليه بنُكوله أو بإقراره فسخٌ عندَنا؛ لتَعذُّر اعتِبارِه بيعًا جَديدًا؛ لِمَكان الاضطِرارِ؛ نظَرًا إلى قَضاء القاضِي بغَير رِضا الْمُشتَري الأوَّلِ.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يُعتبَرُ فسخًا في حقِّ البائِعِ الأوَّلِ، حتى لا يَرُدُّ عليه؛ لأن القاضِيَ مُضطَرٌّ إلى القَضاء، وهذا الاضطِرارُ جاء منه بإقراره أو نُكولِه، فانتَقَل فِعلُ القاضِي إليه؛ لأن فِعلَ الْمُكرَهِ يَنتقِلُ إلى الْمُكرِه، وإذا نُقِل إليه صار كأنه باشَر الفسخَ بنَفسه.

قُلنا: فِعلُ الْمُكرَهِ إنما يَنتقِلُ إلى الْمُكرِه إذا صَلَح آلةً للمُكرِه، كما في القَتل، فإنه يُمكِنُه أن يَأخُذَه ويَضربَه عليه، والقاضِي لا يَصلُحُ في حقِّ القَضاءِ بالفَسخ آلةً له؛ لأن الفسخَ يَكونُ بالكَلام، والكَلامُ لا يَنتقِلُ إلى الْمُكرِه؛ لأن التَّكلُّمَ بلِسان الغيرِ لا يُتصوَّرُ، ولهذا قُلنا: إن الْمُكرَهَ على العَتق إذا أعتَق نَفَذ العَتقُ منه، وكان الوَلاءُ له.

وإذا لم يَصِر القَضاءُ في حقِّ الفسخِ مَنقولًا إليه لم يَصِر الْمُشتَري الأوَّلُ مُباشِرًا للفَسخ حَقيقةً وحُكمًا.

ومَعنى القَضاءِ بالإقرار: أنه أنكَر الإقرارَ(١)، فأثبَت بالبيِّنة.

والرَّدُّ على البائِع الثّاني لا يَكونُ ردًّا على البائِع الأوَّلِ؛ لأن البيعَ الأوَّلَ قائِمٌ بنَفسه،

---

(١) في (هـ): الإقرار الأول.

فلم يَنفسِخ بفَسخ الثّاني، بخِلاف الوَكيلِ[1] إذا رُدَّ عليه بالبَيِّنة أو بالنُّكول؛ حيث يَكونُ الرَّدُّ على الوَكيل ردًّا على الْمُوكِّل، حتى لا يُحتاجُ إلى خُصومة الْمُوكِّلِ؛ لاتِّحاد العقدِ ثَمّ، وتَعدُّدِه هنا.

وإن رَدَّه بِرضا الْمُشتَري الأوَّلِ فالْمُشتَري الأوَّلُ لا يَرُدُّه على بائِعه؛ لأن الرَّدَّ بالعَيب بعدَ القبضِ بالتَّراضِي بيعٌ جَديدٌ في حقِّ الثّالثِ، فسخٌ في حقِّ الْمُتعاقِدَين، ولهذا يَتجدَّدُ للشَّفيع حقُّ الشُّفعةِ؛ لأنه ثالِثُهما، والبائِعُ الأوَّلُ ثالِثُهما، فصار في حقِّه كأن الْمُشتَريَ الأوَّلَ اشتَرى ما باع ثانِيًا، فلا يَكونُ له حقُّ الخُصومةِ مع بائِعِه لا في الرَّدِّ ولا في الرُّجوع بالنُّقصان.

والجَوابُ فيما يَحدُثُ مِثلُه -كالمرَض- وفيما لا يَحدُثُ مِثلُه -كالإصبَع الزّائدةِ-: سَواءٌ في الصَّحيح.

وفي بَعض رِواياتِ البُيوعِ: أن فيما لا يَحدُثُ مِثلُه يَرُدُّه على بائِعه، سَواءٌ كان الرَّدُّ بقَضاءٍ أو بغَيره؛ لتَيقُّننا بوُجود العَيبِ عندَ البائِعِ الأوَّلِ، وقد فَعَلا بدُون القاضِي عَينَ ما يَفعَلُه القاضِي لو رَفَعا الأمرَ إليه؛ لأن الرَّدَّ مُتعيِّنٌ في هذا، فيُجعَلُ فِعلُهما كفِعل القاضِي.

قَبَض الْمُشتَري، وادَّعى عَيبًا: لم[2] يُجبَر على النَّقد، ولكن يُبرهِنُ، أو يُحلِّفُ بائِعَه، فإن كان شُهودُه غُيَّبًا: نَقَد إن حَلَف بائِعُه.

وإن قَبَض الْمُشتَري الْمَبيعَ، وادَّعى عَيبًا: لم يُجبَر الْمُشتَري على نَقد الثَّمَنِ، ولكن يُقيمُ الْمُشتَري البَيِّنةَ على ما ادَّعى، أو يُحلِّفُ بائِعَه؛ لأن الْمُشتَريَ أنكَر وُجوبَ دفعِ الثَّمَنِ لَمّا أنكَر تَعيُّنَ حقِّه بدَعوى العَيبِ، وإنما يُؤمَرُ الْمُشتَري بدَفع الثَّمَنِ أوَّلًا: ليَتعيَّنَ

(١) في (و): (بوكيل الأول) بدل (بخلاف الوكيل).

(٢) سقطت من (ف).

حقُّه كما تَعيَّن الْمَبيعُ.

ولأن القاضِيَ لا يَشتغِلُ بما لا يُفيدُ، ولا يَقضِي بشيءٍ يُحتاجُ إلى نَقضه بعدَ ذلك، ولو أجبَر القاضِي الْمُشتريَ على أداء الثَّمَنِ، وربما يَظهَرُ العيبُ فيُنقَضُ القَضاءُ، ويَلزَمُه ردُّ الثَّمَنِ الْمَقبوضِ.. فلا يَقضِي به؛ صِيانةً لقَضائه.

وذَكَر في «الهِداية»: (لم يُجبَر على دَفع الثَّمَنِ حتى يَحلِفَ البائعُ، أو يُقيمَ الْمُشتَري بيِّنةً)، وهذا التَّركيبُ مُشكِلٌ؛ لأنه جَعَل أحَدَهما غايةً لنَفي الإجبارِ على الدَّفع، ونفيُ الإجبارِ على الدَّفع لا يَنتَهي بإقامة البيِّنةِ، بل يَستمِرُّ، وإنما يُصحَّحُ بإِضمار شيءٍ، بأن يُقالَ: أو يُقيمَ الْمُشتَري بيِّنةً، فيَستمِرُّ عدَمُ الإجبارِ.

وهذا[1] إذا كان شُهودُ الْمُشتَري على العَيب حُضورًا، فإن كان شُهودُه غُيَّبًا، فقال الْمُشتَري: (أمهِلني حتى يَحضُرَ شُهودي): لم يَلتفِت القاضِي إليه، ولكن يُحلِّفُ البائعَ، ويَأمُرُ بنَقد الثَّمَنِ إن حَلَف بائِعُه؛ لأن في الانتِظار ضرَرًا بالبائِع؛ لأن التَّأخيرَ لا إلى غايةٍ مَعلومةٍ يَجري مَجرى الإبطالِ، وليس في الدَّفع زِيادةُ ضرَرٍ بالْمُشتري؛ فإنه يَبقى على حُجّته إذا حَضَر[2] شُهودُه، أما إذا نكَل أُلزِم العَيبَ: لأنه حُجّةٌ فيه.

فإن ادَّعى إباقًا: لم يُحلَّف بائِعُه حتى يُبرهِنَ الْمُشتَري أنه أبَق عندَه، فإن بَرْهَن: حُلِّف بالله ما له حقُّ الرَّدِّ عليك، ولم يُحلَّف الْمُشتَري أنه لم يُوجَد ما يُسقِطُ الرَّدَّ إن لم يَطلُب بائِعُه.

ومن اشتَرى عبدًا، فادَّعى إباقًا -أي جاء الْمُشتَري بالعَبد إلى البائِع وقال: (بِعتَني

---

(١) في سوى (أ): هذا.

(٢) في (و): ظهر.

آبِقًا)-: لم يُحلَّف بائِعُه أنه[1] لم يَأبِق عندَه، حتى يُقيمَ الْمُشتَري بيِّنةً أنه أبَق عندَه؛ لأن شرطَ سَماعِ الخُصومةِ في العَيب قِيامُ العَيبِ وقتَ الخُصومةِ، فلا يُعتبَرُ إنكارُ البائِعِ الإباقَ ما لم يَثبُت الإباقُ عندَ الْمُشتَري، فيَسألُ القاضِي البائِعَ أبِهِ هذا العَيبُ أم لا.

فإن أقَرَّ يَثبُتُ العَيبُ في حقِّ سَماعِ الدَّعوى، فبعدَه إن أنكَر البائِعُ قِيامَ العَيبِ في يَده يُحلَّفُ على البَتات، وإن أنكَر قِيامَ هذا العَيبِ للحال يُؤمَرُ الْمُشتَري بإقامة البيِّنةِ على ذلك، فإن أقام الْمُشتَري البيِّنةَ على أنه أبَق عندَه[2] ثَبَت العَيبُ للحال.

ثم يُحلَّفُ البائِعُ بالله[3] لقد باعه وسَلَّمه إليه، وما أبَق[4] قطُّ، أو يُحلَّفُ بالله ما أبَق عندَك قطُّ، أو يُحلَّفُ بالله ما له حقُّ الرَّدِّ عليك من الوَجه الذي يَدَّعي[5].

ولا يُحلِّفُه[6] بالله لقد باعه وما به هذا العَيبُ؛ لأن فيه ترْكَ النَّظَرِ للمُشتَري؛ لجَواز أنه أبَق بعدَ البيعِ قبلَ التَّسليمِ، وذا يُطلِقُ الرَّدَّ للمُشتَري، وتكونُ يَمينُ البائِعِ صادِقةً دافِعةً للرَّدِّ عنه، فيَتضرَّرُ به الْمُشتَري.

وكذا لا يُحلَّفُ بالله لقد باعه وسَلَّمه وما به هذا العَيبُ؛ لأن فيه ترْكَ النَّظَرِ للمُشتَري أيضًا؛ لأنه إن أبَق بعدَ البيعِ قبلَ التَّسليمِ لا يَحنَثُ؛ لأنه حينَئذٍ يَتعلَّقُ الحِنثُ بقِيام العَيبِ في الحالَين، والْمُعلَّقُ بالشَّرطَين لا يَنزِلُ إلا عندَ وُجودِهما.

وإنما يُحلَّفُ على البَتات: لأنه يُحلَّفُ على فِعل نفسِه، وهو التَّسليمُ كما التَزَمه

---

(١) في (أ) و(ب): لأنه.

(٢) في (أ) و(ج): عبده.

(٣) في (ج) و(د): بأنه.

(٤) في (هـ): وما أبق عنده.

(٥) في (هـ): تدعي.

(٦) في (ب): ولا يحلف.

بالعَقد.

وإن لم يكن للمُشتَري بَيِّنةٌ، وأَراد تَحليفَ البائِعِ ما يَعلَمُ أنه أبَق عندَ الْمُشتَري: يُحلَّفُ عندَهما.

واختَلَف الْمَشايِخُ رَحِمَهُمُٱللَّهُتَعَالَىعلى قَول أبي حنيفةَ رَحِمَهُٱللَّهُ، فقِيل: يُحلَّفُ عندَه أيضًا، وقِيل: لا يُحلَّفُ عندَه، وهو الأصَحُّ؛ لأن التَّحليفَ شُرِع لدَفع خُصومةٍ مُتحقِّقةٍ لا لإنشائها، ولو حَلَف البائِعُ هنا لا تَنقطِعُ الخُصومةُ بينَهما، بل تَتحقَّقُ بينَهما خُصومةٌ أُخرى، فإنه متى نكَل عن اليَمين يَتحقَّقُ العَيبُ للحال، فتَحدُثُ بينَهما خُصومةٌ أُخرى أن هذا العَيبَ هل كان عندَ البائِعِ، ويُحتاجُ إلى استِحلاف البائِع مرّةً أُخرى.

ولهما: أنه ادَّعى عليه معنًى لو أقَرَّ به لَزِمه، فإذا أنكَر يُستحلَفُ رَجاءَ النُّكولِ، كما في سائِر الدَّعاوى، إلا أنه يُحلَّفُ على العِلم؛ لأنه تَحليفٌ على فِعل الغيرِ، وهو العبدُ، فإن حَلَف لم يَثبُت، وإن نكَل ثَبت[1]، فيُحلَّفُ البائِعُ بعدَه للرَّدّ، كما مَرّ.

وإذا كان الدَّعوى في إِباق الكَبيرِ يُحلَّفُ بالله ما أبَق مُذ بَلَغ مَبلَغَ الرِّجالِ؛ لأن الإباقَ في الصِّغَر لا يُوجِبُ ردَّه بعدَ البُلوغِ.

وإذا أَراد الْمُشتَري الرَّدَّ بالعَيب، ولم يَدَّعِ البائِعُ عليه شيئًا[2] يُسقِطُ حقَّ الرَّدِّ: لم يُحلَّف الْمُشتَري عليه؛ لأن التَّحليفَ شُرِع لقَطع الخُصومةِ، وفيه إنشاؤُها.

وعندَ أبي يوسفَ[3] رَحِمَهُٱللَّهُ: يُحلَّفُ عليه؛ صِيانةً لقَضائه عن النَّقض لو ظَهَر ذلك في ثانِي الحالِ.

---

(١) في (ب): يحلف.

(٢) في (هـ): عيبًا.

(٣) في (ب): أبي حنيفة، وفي نسخة: أبي يوسف.

والقولُ في قَدْر الْمَقبوضِ للقابِض.

والقولُ في قَدْر الْمَقبوضِ للقابِض، حتى لو اشتَرى أمةً، وتَقابَضا، فوَجد بها عَيبًا، فقال البائِعُ: (بِعتُك هذه وأُخرى معها)، وقال الْمُشتَري: (بِعتَني هذه وحدَها): فالقولُ للمُشتَري؛ لأن حاصِلَ اختِلافِهما وَقَع في مِقدار الْمَقبوضِ، فيكونُ القولُ للقابِض في مِقداره؛ لأنه يُنكِرُ قبْضَ الزِّيادةِ؛ ألا تَرى أن الغاصِبَ لو أنكَر زِيادةً في الْمَقبوض يَكونُ القولُ له، فهنا أَولى.

وكذا إن اتَّفَقا على مِقدار الْمَبيعِ، واختَلَفا في مِقدار الْمَقبوضِ: فالقولُ للمُشتَري.

اشتَرى عَبدَين صَفْقةً، وقَبَض أحَدَهما، ووَجد بأحَدهما(س) عَيبًا: أخَذهما، أو رَدَّهما، ولو قَبَضهما: رَدَّ الْمَعيبَ فقط(ز).

ومن اشتَرى عَبدَين صَفْقةً واحِدةً، وقَبَض أحَدَهما، ووَجد بأحَدهما عَيبًا: أخَذهما أو رَدَّهما، سَواءٌ وَجد بغَير الْمَقبوضِ عَيبًا أو بالآخَر؛ تَفادِيًا عن تَفريق الصَّفْقةِ قبلَ التَّمامِ؛ لأنها تَتِمُّ بقَبضهما، والتَّفريقُ في القَبض كالتَّفريق في العَقد؛ لِما مَرّ.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه إذا وَجد بالْمَقبوض عَيبًا رَدَّه خاصّةً؛ لأن الصَّفْقةَ تَمَّت في الْمَقبوض.

والأوَّلُ هو **الصَّحيحُ**؛ لأن تَمامَ الصَّفْقةِ تَعلَّق بقَبض الْمَبيعِ، وهو اسمٌ للكلّ، فما لم يَقبِض الكلَّ لا تَتِمُّ الصَّفْقةُ؛ ألا تَرى أن حبْسَ الْمَبيعِ لَمّا تَعلَّق بُطلانُه بقَبض الثَّمَنِ لا يَزولُ إلا[1] بقَبض كلِّه، ويَبقى ببَقاء جُزئِه، على أن الصَّفْقةَ إن تَناهت فيما قُبِض لم تَتناهَ فيما لم يُقبَض، فدار التَّفريقُ بينَ الجَوازِ وعدَمِه، فلم يَجُز بالشَّكّ.

---

(١) سقطت من (هـ).

ولو قَبَضهما، ثم وَجَد بأحَدهما عَيبًا: له ردُّ الْمَعيبِ فقط.

وقال زفرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: له ردُّهما لا ردُّ أحَدِهما؛ لأن فيه تَفريقَ الصَّفْقةِ، فيَتضرَّرُ البائعُ بردِّ الْمَعيبِ فقط، فصار كما قبلَ القبضِ وخِيارِ الرُّؤيةِ والشَّرطِ.

ولنا: أنه تَفريقَ الصَّفْقةِ بعدَ التَّمامِ؛ لأنها تَمَّت بالقَبض؛ لأن العَيبَ لا يَمنَعُ تَمامَ الصَّفْقةِ، وعِلّةُ الرَّدِّ العَيبُ، وذا وُجِد في أحَدهما، والحُكمُ يَثبُتُ بحَسَب العِلّةِ؛ ألا تَرى أنه لو استُحِقَّ أحَدُهما بعدَ قبضِهما لم يَتخيَّر في الآخَر؛ لأن الاستِحقاقَ لا يَمنَعُ تَمامَ الصَّفْقةِ بالقَبض، فكذا إذا وُجِد العَيبُ في أحَدهما، ولو استُحِقَّ أحَدُهما قبلَ القبضِ له الخِيارُ في الآخَر؛ لتَفرُّق الصَّفْقةِ قبلَ التَّمامِ.

بخِلاف خِيارِ الرُّؤيةِ والشَّرطِ؛ لأن الصَّفْقةَ لا تَتِمُّ ثَمّ بالقَبض؛ لأن تَمامَها يَتعلَّقُ بتَمام الرِّضا، ولم يُوجَد، وتَضرَّر البائعُ من قِبَل تَدليسِه، فلا يُعتبَرُ في حقِّ الْمُشتَري، كذا ذُكِر في «الْمَبسوطِ» وغيرِه.

وذَكَر في «الْمُختلِف» ما يُخالِفُ هذا فقال: إذا اشتَرى عَبدَين، ووَجَد بأحَدهما عَيبًا قبلَ القبضِ: رَدَّه بحِصّته من الثَّمَن عندَ زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ، كما لو وَجَد به عَيبًا بعدَ القبضِ، فإنه يَرُدُّه خاصّةً، فكذا قبلَ القبضِ.

ولو وَجَد ببَعض الكَيليِّ أو الوَزنيِّ عَيبًا: رَدَّ كلَّه، أو أخَذ.

هذا إذا كان الْمَبيعُ مما لا يُكالُ ولا يُوزَنُ، وكان شَيئَين، فإن كان الْمَبيعُ كَيليًا أو وَزنيًا من نوعٍ واحِدٍ، ووَجَد ببَعضه عَيبًا: رَدَّه كلَّه أو أخَذه، وليس له أن يَرُدَّ الْمَعيبَ خاصّةً، سَواءٌ كان قبلَ القبضِ أو بعدَه.

أما قبلَ القبضِ: فظاهِرٌ؛ لأن فيه تَفريقَ الصَّفْقةِ على البائع قبلَ التَّمامِ، وكذا بعدَ القبضِ، بخِلاف الثَّوبَين والعَبدَين.

والفرقُ: أن الْمَكيلَ والْمَوزونَ كشيءٍ واحِد حُكمًا وتَقديرًا، وإن كان أشياءَ تَحقيقًا؛ لأن الماليّةَ والتَّقوُّمَ في الْمَكيلات والْمَوزوناتِ باعتِبار الاجتِماعِ، فالحَبَّةُ الواحِدةُ ليست بمُتقوِّمةٍ، حتى لا يَصِحُّ بيعُها.

وإذا كانت الماليّةُ والقابِليّةُ للبَيع بالاجتِماع: صار الكلُّ في حقِّ البيعِ كشيءٍ واحِدٍ، ولهذا يُسمّى باسمٍ واحِدٍ، وهو الكُرُّ ونحوُه، وجُعِل رُؤيةُ البعضِ كرُؤية الكلِّ، كالثَّوب الواحِدِ..

ولو كان شيئًا واحِدًا حَقيقةً، ووَجَد ببَعضه عَيبًا بعدَ[1] القبضِ: لا يَرُدُّ الْمَعيبَ فقط، بخِلاف العَبدَين؛ فكلُّ واحِدٍ منهما مالٌ بصِفة الانفِرادِ.

ولا فرقَ بينَ ما إذا كان الكلُّ في وِعاءٍ واحِد أو في أوعِيةٍ عندَ البعضِ.

وقِيل: هذا إذا كان الكلُّ في وِعاءٍ واحِدٍ، أما إذا كان في وِعاءَين: فهو كعَبدَين، حتى يَرُدُّ الوِعاءَ الْمَعيبَ دونَ الآخَرِ.

ولو استُحِقَّ بعضُه: لم يُخيَّر في ردِّ ما بَقِي، وخُيِّر في الثَّوب.

ولو استُحِقَّ بعضُه فلا خِيارَ له في ردِّ ما بَقِي؛ لأن الشَّرْكةَ في الْمَكيل والْمَوزونِ لا تُعَدُّ عَيبًا؛ لأن التَّبعيضَ لا يَضُرُّهما، والاستِحقاقُ لا يَمنَعُ تَمامَ الصَّفْقةِ؛ لأن العقدَ حقُّ العاقِدِ، فتَمامُه يَستَدعي تَمامَ الرِّضا من العاقِدِ لا من المالِك، وقد وُجِد.

وإن كان ثَوبًا فله الخِيارُ؛ لأن التَّشقيصَ[2] فيه عَيبٌ عُرفًا، وقد كان عندَ البيعِ[3] بظُهور الاستِحقاقِ[4].

---

(١) في نسخة على هامش (ب): قبل.

(٢) في نسخة على هامش (ب): التبعيض.

(٣) في (ب): البائع.

(٤) في (و) زيادة: بخلاف المكيل والموزون.

إجارةُ(١) الْمُشترِي، وعَرْضُه على البَيع، ولُبسُه، ورُكوبُه، وسُكناه، ومُداواتُه: رِضًا.

إجارةُ(٢) الْمُشتَري الْمَبيعَ، وعرضُه على البَيع، ولُبسُه، ورُكوبُه لحاجَته، وسُكناه، ومُداواتُه: رِضًا منه بالعَيب.

والأصلُ: أن الْمُشتريَ إذا تَصرَّف في الْمَبيع بعدَما عَلِم بالعَيب تَصرُّفَ الْمُلّاكِ: بَطَل حقُّه في الرَّدّ؛ لأنه دَليلُ الرِّضا بالعَيب والإمساكِ، وذا كالإجارة، والرَّهنِ، والكِتابةِ، والاستِخدامِ مرّةً ثانِيةً، والعرضِ على البَيع، واللُّبسِ، والرُّكوبِ، والسُّكنى، والْمُداواةِ.

بخِلاف خِيارِ الشَّرطِ؛ فإن الرُّكوبَ أو اللُّبسَ ليس(٣) دَليلَ اختِيارِ الْمِلكِ ثَمَّ؛ لأن خِيارَ الشَّرطِ شُرِع للاختِبار، والرُّكوبُ أو اللُّبسُ مرّةً يُحتاجُ إليه للاختِبار، فلو جُعِل ذا اختِيارًا للمِلك تَفوتُ فائِدةُ خِيارِ الشَّرطِ.

وأما خِيارُ العَيبِ: فما شُرِع للاختِبار، وإنما شُرِع للرَّدِّ ليَصِلَ إلى رَأس مالِه عندَ عجزِه عن الوُصول إلى الجُزء الفائِتِ، وقد تَصرَّف تَصرُّفًا لا يَحِلُّ بلا مِلكٍ، فجُعِل دَليلَ الرِّضا والإمساكِ.

ولو رَكِب للرَّدّ، أو السَّقيِ، أو شِراءِ العَلَفِ(٤): لا.

ولو رَكِب للرَّدِّ على البائِع، أو لسَقْيِها، أو لشِراء عَلَفِها: لا يَكونُ رِضًا استِحسانًا؛ لأنه يَحتاجُ في ردِّها إلى سَوقِها، وربما لا تَنقادُ له ما لم يَركَبها.

وكذا في سَقْيِها وعَلْفِها، فالرُّكوبُ لأجْله لا يَكونُ دَليلَ الرِّضا منه، وإنما يَكونُ

---

(١) في (ف): إجازة.

(٢) في (هـ): وإجازة.

(٣) سقطت من (د).

(٤) العلف بفتح اللام: ما تأكله البهائم، يقال: عَلَفَ الدابة وأعلفها. «المطلع» ص٢٢١.

دَليلَ الرِّضا أن يَركَبَها[1] في حاجة نفسِه.

وقِيل: تَأويلُه: إذا لم يُمكِنه الرَّدُّ، والسَّقيُ، واشتِراءُ العَلَفِ.. إلا بالرُّكوب، بأن كانت جَموحًا لا يُمكِنُ ضبطُها إلا بالرُّكوب، ولهذا ذَكَر في «السِّيَر الكَبير»: أن الجُوالِقَ للعَلَف إذا كان واحِدًا، فرَكِب: لا يَكونُ رِضًا؛ لأنه لا يُمكِنُه حملُ الجُوالِقِ الواحِدِ إلا بالرُّكوب، حتى لو كان الجُوالِقُ اثنَين، فرَكِب: يَكونُ رِضًا.

وقِيل[2]: الرُّكوبُ للرَّدِّ لا يَكونُ رِضًا، وإن أمكَنه الرَّدُّ بدُون الرُّكوبِ؛ لأنه يُفضِي إلى الرَّدِّ ويُقرِّرُه، ولا كذلك الرُّكوبُ للسَّقي والعَلْفِ.

قُتِل الْمَقبوضُ، أو قُطِع بسَبَبٍ عندَ البائِعِ: رَدَّ كلَّ الثَّمَنِ (س م).

ولو قُتِل الْمَقبوضُ، أو قُطِع يدُه[3].. بسبَبٍ كان عندَ البائِعِ: رَدَّ كلَّ الثَّمَنِ.

اعلَم أنه إذا اشتَرى عبدًا، فوَجَده مُباحَ الدَّمِ بقَوَدٍ، أو رِدّةٍ، أو قطعِ طَريقٍ بقتلٍ، فقُتِل عندَ الْمُشتَري: يَرجِعُ على البائِع بكلِّ الثَّمَنِ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وعندَهما: يُقوَّمُ مُباحَ الدَّمِ ومَعصومَ الدَّمِ، فيَرجِعُ بفَضل ما بينَهما.

ولو اشتَرى عبدًا قد سَرَق، ولم يَعلَم به الْمُشتَري، فقُطِع في يَد الْمُشتَري: له أن يَرُدَّه على البائِع، ويَرجِعَ بكلِّ الثَّمَنِ عندَه.

وقالا: لا يَرُدُّه، ولكن يَرجِعُ بنُقصان عَيبِه، فيُقوَّمُ سارِقًا وغيرَ سارِقٍ، فيَرجِعُ بفَضل ما بينَهما.

والحاصِلُ: أن هذا بمَنزِلة الاستِحقاقِ عندَه، وبمَنزِلة العَيبِ عندَهما.

---

(١) في (د): إن ركبها.

(٢) في (هـ): وقبل.

(٣) مثبتة من (ب).

لهما: أن التَّلَفَ وُجِد في يَد الْمُشتَرِي وضَمانِه؛ إذ التَّلَفُ حُكمُ الإتلافِ، والإتلافُ وُجِد في ضَمان[1] الْمُشتَرِي، فيَكونُ التَّلَفُ مَوجودًا في ضَمانه ضَرورةً، وإنما الْمَوجودُ في يَد البائِعِ سببُ القتلِ والقطعِ، وإنه لا يُنافِي الماليّةَ.

ألا تَرى أن بيعَ مُباحِ الدَّمِ صَحيحٌ، وبالقَبض انتقَل إلى ضَمان الْمُشتَرِي، حتى لو مات تَقرَّر الثَّمَنُ على الْمُشتَرِي، ولو تَصرَّف فيه الْمُشتَرِي نَفَذ تَصرُّفُه، لكنه يُوجِبُ نُقصانًا وعَيبًا في الماليّة، فيَرجِعُ بنُقصانه عندَ تَعذُّرِ ردِّه.

كما لو اشتَرى حامِلًا وهو لا يَعلَمُ، فماتت في يَده بالوِلادة: فإنه يَرجِعُ بفَضل ما بينَ قِيمتِها حامِلًا إلى غَير حامِلٍ من الثَّمَن[2]، ولا يَرجِعُ بكلِّ الثَّمَنِ، وإن كان أصلُ السَّبَبِ في يَد البائِعِ.

وله: أن الْمَبيعَ استُحِقَّ من يَد الْمُشتَرِي بسبَبٍ في ضَمان البائِعِ، فيَنتقِضُ قبضُه، كما لو استَحقَّه مالِكٌ، أو هَلَك في يَد البائِعِ.

وهذا لأن السَّبَبَ الْمَوجودَ عندَ البائِعِ أوجَب استِحقاقَ الفِعلِ، واستِحقاقُه أوجَب وُجودَه، ووُجودُه أوجَب قُوّتَه[3]، فصار ذلك مُضافًا إليه بهذه الوَسائطِ، كما في شِراء القَريبِ.

والدَّليلُ على أن نِسبة التَّلَفِ إلى سَبَب الاستِحقاقِ واجِبٌ، وأن المحَلَّ بحُكم الاستِحقاقِ يَصيرُ كالتّالِف: أنه لو حَصَل سببُ استِحقاقِ التَّلَفِ في الْمَغصوب في ضَمان الغاصِبِ، فرَدَّه على المالِك، ثم قُتِل أو قُطِع بِناءً على ذلك السَّبَبِ: يَرجِعُ المالِكُ بكلِّ

---

(١) في (هـ): يد.

(٢) في حاشية (ب): بنقصان، نسخة.

(٣) في (ج) و(هـ): فوته.

القِيمةِ أو بنِصف القِيمةِ على الغاصِب.

ومَسألةُ الحامِلِ مَمنوعةٌ، ولئن سُلِّم فالسَّببُ الذي كان عندَ البائِعِ ثَمَّ[1] يُوجِبُ انفِصالَ الولَدِ لا موتَ الأُمِّ؛ إذ الغالِبُ عندَ الوِلادةِ السَّلامةُ.

ولو سَرَق عندَ البائِعِ، ثم عندَ الْمُشتَري، فقُطِع بهما: يَرجِعُ بالنُّقصان عندَهما كما بيَّنَّا.

وعندَه: لا يَرُدُّه بلا رِضا البائِعِ؛ للعَيب الحادِثِ، ويَرجِعُ برُبُع الثَّمَنِ؛ لأن اليدَ من الآدَميِّ نِصفُه، وقد تَلِفت بجِنايتَين، وله في إِحداهما حقُّ الرُّجوعِ بنِصف الثَّمَنِ دونَ الآخَرِ، فيَتنصَّفُ النِّصفُ.

وإن قَتَله البائِعُ كذلك يَرجِعُ الْمُشتَري على البائِع بثَلاثة أرباعِ الثَّمَنِ.

أما بنِصف الثَّمَنِ: فلردِّه نِصفَ الْمُثْمَنِ[2]، والنِّصفُ الذي فات بالقَطع أُضِيف تَلَفُه إلى السَّرِقتَين؛ بدَليل بُطلانِ العِصمتَين، فانقَسَم عليهما نِصفَين، وفي إِحداهما الرُّجوعُ، فيَتنصَّفُ، فلهذا يَرجِعُ عليه بثَلاثة أرباعِ الثَّمَنِ.

فإن تداولَتْه[3] البُيوعُ والأيدِي، ثم قُطِع أو قُتِل عندَ الأخيرِ: رَجَع الباعةُ بعضُهم على بعضٍ عندَه، كما في الاستِحقاق.

وعندَهما: هو بمَنزِلة العَيبِ، فيَرجِعُ الأخيرُ على بائِعه؛ لأنه لم يَصِر حابِسًا الْمَبيعَ حيث لم يَبِعه، ولا يَرجِعُ بائِعُه على بائِعه؛ لأنه صار بالبَيع حابِسًا الْمَبيعَ.

وهذا إذا لم يَعلَم الْمُشتَري به، فإن عَلِم به لم يَرجِع بشيءٍ عندَهما؛ لأن العِلمَ

(١) في (د): لم.

(٢) في (ج) و(د): العبد.

(٣) في (ر): تناولته.

بالعَيب رِضًا به.

وعندَه: يَرجِعُ في أصَحِّ الرِّوايتَين؛ لأنه بمَنزِلة الاستِحقاقِ عندَه، والعِلمُ بالاستِحقاق لا يَمنَعُ الرُّجوعَ.

وفي رِوايةٍ عنه: لا يَرجِعُ؛ لأن حِلَّ الدَّمِ من وجهٍ كالاستِحقاق، ومن وجهٍ كالعَيب، حتى لا يَمنَعُ صِحّةَ البيعِ، فلشَبَهه بالاستِحقاق عندَ الجهلِ به يَرجِعُ بكلِّ الثَّمَنِ، ولشَبَهه بالعَيب لا يَرجِعُ عندَ العِلمِ بشيءٍ؛ عمَلًا بهما.

بَرِئَ من كلِّ عَيبٍ: صحّ(ز)، وإن لم يُسَمِّ(ف) الكلَّ، ولا يُرَدُّ بعَيبٍ، ودَخَل ما حَدَث(م ز) قبلَ القبضِ.

وإذا بَرِئَ البائعُ من كلِّ عَيبٍ عندَ البيع صَحّ، وإن لم يُسَمِّ العُيوبَ، وليس له أن يَرُدَّه بعَيبٍ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا تَصِحُّ البَراءةُ من كلِّ عَيبٍ ما لم يُسَمِّ فيقولُ: (من عَيبِ كذا وكذا)، وفي جَواز البيعِ بهذا الشَّرط له قَولان.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَصِحُّ البيعُ، ويَبطُلُ الشَّرطُ.

والكَلامُ في صِحّة شرطِ البَراءةِ من كلِّ عَيبٍ بِناءً على صِحّة الإبراءِ عن الحُقوق الْمَجهولةِ، كالدُّيون.

فعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَصِحُّ؛ لأن في الإبراء مَعنى التَّمليكِ، حتى يَرتدُّ[1] بالرَّدّ، ولا يَصِحُّ تَعليقُه بالأَخطار والإسقاطاتِ، كالطَّلاق والعَتاقِ صَحَّ تَعليقُها[2] بالأَخطار، ولا يَرتدُّ بالرَّدّ، وهنا لو قال: (أبرَأتُك عن العَيب -أو عن الدَّين- إن فَعلتَ كذا): لا

(١) في (د): لا يرتد.

(٢) في (ب): نعليقهما.

يَصِحُّ، وتَمليكُ الْمَجهولِ لا يَصِحُّ، كبَيعِ شاةٍ من القَطيع.

وعندَنا: يَصِحُّ؛ لأن الإبراءَ إسقاطٌ، حتى يَتِمُّ بلا قَبولٍ، كالطَّلاق والعَتاقِ.

ويَصِحُّ بقَوله: أسقَطتُ عنك دُيوني.

والجَهالةُ في الإسقاط لا تُفضِي إلى النِّزاع وإن كان في ضِمنه التَّمليكُ؛ باعتِبار أنه يَرتدُّ بالرَّدِّ؛ لأنه لا يُحتاجُ فيه إلى التَّسليم والتَّسلُّمِ، والجَهالةُ بنَفسها لا تُبطِلُ التَّمليكاتِ، بل لفَوات[1] التَّسليمِ الواجِبِ بالعَقد؛ لأنه عندَ ذلك يَتحقَّقُ النِّزاعُ، والْمُسقِطُ مُتلاشٍ لا يُحتاجُ فيه إلى التَّسليم، فالجَهالةُ فيه لا تُفضِي إلى النِّزاع، فلا تكونُ مُفسِدةً.

وقد أجمَعت الصَّحابةُ رِضوانُ اللهِ عليهم أجمَعين على جَواز البيعِ بهذا الشَّرطِ[2].

ويَدخُلُ في هذه البَراءةِ العَيبُ الْمَوجودُ عندَ العقدِ، والعَيبُ الحادِثُ بعدَ العقدِ قبلَ القبضِ، عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وعندَ محمدٍ وزفرَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: لا يَدخُلُ الحادِثُ؛ لأن البَراءةَ تَتناوَلُ الثّابتَ، فتَنصرِفُ إلى الْمَوجود عندَه[3] دونَ الحادِثِ.

ولهما: أن الغرَضَ من هذا الشَّرطِ انبِرامُ العقدِ ولُزومُه على وجهٍ لا يَرِدُ عليه

(١) في (ب) و(هـ): بفوات.

(٢) أي بشرط البراءة من كل عيب.

روى ابن أبي شيبة (٢١٠٩٩) والبيهقي (١٠٧٨٤) عن زيد بن ثابت أنه كان يرى البراءة من كل عيب جائزًا. وروى ابن أبي شيبة (٢١١٠٠) والبيهقي (١٠٧٨٧) عن سالم أن ابن عمر باع غلامًا له بثمانمائة، قال: فوجد به المشتري عيبًا فخاصمه إلى عثمان، فسأله عثمان، فقال: بعته بالبراءة، فقال: تحلف بالله لقد بعته وما به من عيب تعلمه، فقال: بعته بالبراءة، وأبى أن يحلف، فرده عثمان عليه، فباعه بعد ذلك بألف وخمسمائة.

(٣) كلمة (عنده) شطبت في (ج)، وفي (و): عند العقد.

النَّقضُ بإسقاط حقِّه عن صِفة السَّلامةِ، وذا لا يَحصُلُ إلا إذا دَخَل الْمَوجودُ عندَ العقدِ والحادِثُ قبلَ القبضِ في البَراءة.

فعلى قَول محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا طَعَن بعَيبٍ، وقال: إنه حادِثٌ وقال البائِعُ: (لا[1]، بل كان مَوجودًا وقتَ البيعِ، ووَقَعت البَراءةُ عنه): فالقولُ للبائِع؛ لأنه يُنكِرُ حقَّ الرَّدِّ عليه، كما لو أبرَأه عن كلِّ دَينٍ، ثم ادَّعى دَينًا حادِثًا: يَكونُ القولُ للمُدَّعى عليه؛ لأن ربَّ الدَّينِ[2] يَدَّعي الوُجوبَ بعدَ البَراءةِ، والْمَطلوبَ يُنكِرُ.

---

(١) مثبتة من (و).

(٢) في (د): العين.

فصل
[في العيوب في البيوع]

(اشترِه[1]، فلا عَيبَ به)، ولم يَبع: رُدَّ على بائِعه به، ولو عَيَّن: لا، إلا أن لا يَحدُثَ مِثلُه.

قال مُشتَري العبدِ لمن ساوَمه: (اشتَرِه فلا عَيبَ به)، ولم يَبع، فوَجد به عَيبًا: رَدَّه على بائِعه، ولا يُبطِلُه الإقرارُ السّابقُ؛ لأنه مَجازٌ عن التَّرويج؛ لعِلمنا بأنه لا يَخلو عن عَيبٍ ما، فتيقَّن القاضِي بكَذِبه.

ولو عَيَّن، بأن قال: (لا عوَرَ به) أو (لا شَلَلَ به): لا يَرُدُّ؛ لإحاطة العِلمِ به، إلا أن لا يَحدُثَ مِثلُه، بأن قال: (ليس به إصبَعٌ زائِدةٌ)، ثم وُجِد به إصبعٌ زائِدةٌ: له أن يَرُدَّ؛ لتَيقُّننا بكَذِبه في الإقرار، كقَوله لغَيره: (قَطَعتُ يدَكَ)، ويدُه صَحيحةٌ.

قال: (عَبدي آبِقٌ، فاشتَرِه)، فاشتَراه، وباع من آخَرَ، فوَجَده آبِقًا: لا يَرُدُّ بما سَبَق.

ولو قال لآخرَ: (عَبدي هذا آبِقٌ، فاشتَرِه منِّي)، فاشتَراه، وباع من آخرَ، فوَجَده الْمُشتَري الثّاني آبِقًا: لا يَرُدُّ بما سَبَق من قَول البائِعِ الأوَّلِ ما لم يُبرهِن أنه أبَق عندَه؛ لأن الْمَوجودَ منه السُّكوتُ عندَ إقرارِ البائِعِ الأوَّلِ، وهو الذي أقَرَّ به، وإقرارُه ليس بحُجّةٍ على الْمُشتَري الأوَّلِ.

وفي (بِعتُكَ[2] على أنه آبِقٌ)، أو (بَريءٌ من إِباقه): رَدّ، ومن الإباق لا.

(١) في (ف): اشتراه.

(٢) في (م) و(ف): أبيعك.

ولو قال الأوَّلُ: (بِعتُك على أنه آبِقٌ) رَدَّ الثّاني على الْمُشتَري الأوَّلِ إذا ثَبَت قولُ الأوَّلِ؛ لأن كَلامَ البائِعِ كان على وَجه الشَّرطِ، فيَكونُ القَبولُ بذلك الشَّرطِ أيضًا؛ لأنه جَوابُه، فيَكونُ الأوَّلُ مُعادًا فيه، فكأنه قال: (اشتَريتُ على أنه آبِقٌ)، ولو صَرَّح به كان من الْمُشتَري الأوَّلِ إقرارًا بوُجود العَيبِ، كذا هنا.

وكذا لو قال: (على أنّي بَريءٌ من إباقه)؛ لأنه أَضاف الإباقَ إليه، فيَكونُ إقرارًا بوُجوده فيه، فإذا أثبَته الْمُشتَري الآخَرُ ببَيِّنةٍ رَدَّه عليه.

ولو قال: (بِعتُه على أنّي بَريءٌ من الإباق) لا يَرُدُّ الْمُشتَري الآخَرُ عليه حتى يُقيمَ البَيِّنةَ أنه باعه وهو آبِقٌ؛ لأنه لم يُضِف الإباقَ إلى العَبد، فلم يكن اعتِرافًا بوُجوده فيه، بل كان ذلك مُحتمَلًا، فلا يَثبُتُ حقُّ الرَّدِّ بالاحتِمال.

الخُصومةُ في العَيب إنما تَصِحُّ بظُهوره عِيانًا[1]، كصَدْع[2] الجِدارِ، والإصبَعِ أو السِّنِّ الزّائِدةِ، أو بقَول طَبيبٍ عَدْلٍ، كمَرَضٍ باطِنٍ، أو حُرَّةٍ عَدْلةٍ، كالحَبَل، وعُيوبِ الفرجِ[3]، أو بالشُّهود، كالسَّرِقة، والإباقِ، والبولِ في الفِراش، والجُنونِ.

الخُصومةُ في العَيب[4] إنما تَصِحُّ بظُهوره، والظُّهورُ قد يَكونُ عِيانًا، كصَدْع الجِدارِ، والإصبَعِ أو السِّنِّ الزّائدةِ، وقد يَكونُ بقَول طَبيبٍ عَدْلٍ، كمَرَضٍ باطِنٍ.

ولا يُشترَطُ العدَدُ ولفظُ الشَّهادةِ، ولا بُدَّ من العَدالة.

---

(١) العِيان بالكسر: مصدر عاين الشيء إذا رآه بعينه. وبالفتح: مصدر عان الماءُ والدمعُ إذا سال. «الكليات» ص٦٥٤.

(٢) الصَّدع: الشق. «المختار» ص١٧٤.

(٣) كالقرن والرتق وغيرهما، وقد مرت معانيها.

(٤) في (ج) و(د): الرد.

وقد يكونُ بقَول حُرّةٍ عَدْلةٍ، كالحَبَل، وعُيوبِ الفرْجِ.

وقد يكونُ بإِقامة الشُّهودِ، كالسَّرِقة، والإِباقِ، والبولِ في الفِراش، والجُنونِ.

فإن ثبَت: رُدَّ إن لم يَحدُث مِثلُه.

وكذا فيما يَحدُثُ إن أقَرَّ البائِعُ بكَونه عندَه.

وإن أنكَر: حُلِّف أنه ما جُنَّ قطُّ، وفي غَيره: مذ بَلَغ.

فإن ثبَت كونُه في الحال: رُدَّ إن لم يَحدُث مِثلُه.

وكذا فيما يَحدُثُ إن أقَرَّ البائِعُ بكَونه عندَه، وإن أنكَر حُلِّف في الجُنون أنه ما جُنَّ قطُّ، وفي غَيره: ما سَرَق، و: ما أبَق، و: ما بال في الفِراش.. مُذ بَلَغ؛ لأن الجُنونَ لا يَختلِفُ، وغيرَه يَختلِفُ بالصِّغر والكِبَرِ: لِما مَرّ.

ولم يُحلَّف(س م) على وُجوده عندَ الْمُشتَري، والقولُ للبائِع إن أنكَر حقَّ الرَّدِّ، وإن أقَرَّ به وادَّعى زَوالَه: لا.

ادَّعى زوجًا للمُشتَراة، وقال البائِعُ: (بانَت قبلَه): صُدِّق، وبعدَه لا، وبَرْهَن على إقراره، لا عليه.

ولم يُحلَّف البائِعُ على وُجود العَيبِ عندَ الْمُشتَري إن أنكَر وُجودَ العَيبِ في يَده عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وعندَهما: يُحلَّفُ، وقد مَرّ.

والقولُ للبائِع إن أنكَر حقَّ الرَّدِّ، وإن أقَرَّ به، وادَّعى زَوالَه: لا، حتى لو ادَّعى الْمُشتَري زوجًا للمُشتراة، وقال البائِعُ: (كان لها زوجٌ، فبانت منه قبلَ البيعِ)، وأنكَر الْمُشتَري: فالقولُ للبائِع؛ لإنكار الْمُوجِبِ للرَّدّ؛ لأنه لم يَثبُت العَيبُ.

ولو قال: (بانت بعدَ البيعِ[1]) فالقولُ للمُشتَري؛ لأنه أقرَّ بالمُوجِب، ثم ادَّعى الزَّوالَ.

والموتُ كالإبانة.

ولو اشتَرى أمةً، وادَّعى أن لها زوجًا غائبًا مَعروفًا أو مَجهولًا، وأقام البيِّنةَ: لا تُقبَلُ؛ لأن العَيبَ لا يَثبُتُ إلا بعدَ ثُبوتِ النِّكاحِ، ومتى أثبَتناه قَضَينا على الغائِب.

ولو شَهِدا على إِقرار البائِعِ تُقبَلُ على حقِّ الرَّدِّ لا على النِّكاح؛ لأن الإقرارَ لا يَتعدّى إلى غَيره؛ ألا تَرى أنه إذا ادَّعى الْمُشتَري بَياضًا بعَين العبدِ بعدَ موتِه، وقال البائِعُ: (ذَهَب قبلَ الموتِ عندَك): فالقولُ للمُشتَري؛ لأنه أقرَّ بالْمُوجِب، وادَّعى الزَّوالَ.

ولو قال: (كانت يُمناه بَيضاءَ فذَهَبت، وابيَضَّت اليُسرى عندَك)، وقال الْمُشتَري: (يُسراه كانت بَيضاءَ): فالقولُ للبائِع؛ لأنه لم يُقِرَّ بالعَيب الذي ادَّعى.

ولو ادَّعى بَياضَ عَينَيه[2]، فقال البائِعُ: (كانت اليُمنى بَيضاءَ فزال، وحَدَث باليُسرى): لم يُصدَّق في الزَّوال، وصُدِّق في أنه لم يكن باليُسرى عندَه؛ لأنه في أحَدهما مُنكِرٌ، وفي الآخَر مُدَّعٍ.

ابتَاع عبدًا صَفقَتين، وعَلِم بعَيبٍ: خاصَم في أحَدهما، أو فيهما، وإقرارُه به في الأوَّل إقرارٌ به في الثّانِي، بخِلاف العكسِ، والنُّكولِ في أحَدهما.

ولو ابتَاع عبدًا في صَفقَتين، بأن اشتَرى نِصفَه بخَمسين دِينارًا، ثم اشتَرى منه النِّصفَ الآخَرَ بمِائة دِينارٍ، وعَلِم بعَيبٍ فيه، وقال: (كان قبلَ البيعَين[3])، وقال البائِعُ:

(١) في (هـ): العيب.

(٢) في (ب) و(د): عينه.

(٣) في (هـ): التغيير.

(حَدَث عندَك بعدَهما): فالقولُ للبائعِ؛ لأنه يُنكِرُ حقَّ الفسخِ.

وله أن يُخاصِمَ في أحَدهما، أي لو قال المُشتَري: (أُحلِّفُه في النِّصف الثَّانِي، وأتوقَّفُ في النِّصف الأوَّلِ؛ لأنِّي أتيقَّنُ[1] بالعَيب عندَ البيعِ الثَّانِي، وأشُكُّ فيه عندَ البيعِ الأوَّلِ): له ذلك؛ لأنه حقُّه، وكلُّ نِصفٍ مَعقودٌ عليه على حِدَةٍ، ولهذا يَنفرِدُ بخِيار الشَّرطِ والرُّؤيةِ، والقَبولِ، فإن حَلَف لَزِم، وإلا يُرَدُّ، وله أن يَستحلِفَه بعدَه في النِّصف الأوَّلِ.

ولو خاصَمه في النِّصفَين له ذلك.

وإقرارُه بالعَيب في النِّصف الأوَّلِ إقرارٌ به في الثَّانِي؛ لأن الإقرارَ حُجّةٌ مُطلَقةٌ في حقِّ المُقِرِّ، والعَيبُ عندَ الأوَّلِ يَدُلُّ على وُجوده عندَ الثَّاني.

بخِلاف العكسِ، أي إقرارُه به في الثَّانِي لا يَكونُ إقرارًا به في الأوَّل؛ لأنه ليس من ضَرورة وُجودِ العَيبِ عندَ الثَّانِي وُجودُه عندَ البيعِ الأوَّلِ؛ لجَواز الحُدوثِ بينَهما، ونُكولُه في أحَدهما ليس بنُكولٍ في الآخَر؛ لأنه إقرارٌ ضَروريٌّ، فلا يَتعدّى عن مَوضِع الضَّرورةِ.

ولو خاصَم فيهما: حُلِّف واحِدًا، كالدَّعاوىٰ إن اجتَمَعت.

ولو خاصَم فيهما: حَلَّفه مرّةً واحِدةً، وكذا في كلِّ مَوضِعٍ تَجتمِعُ الدَّعاوىٰ على واحِدٍ.

باعا عبدًا صَفْقةً، أو صَفْقتَين، ووَرِث أحَدُهما صاحِبَه: خاصَم في أحَدهما، أو فيهما، وحُلِّف في نَصيبه بالبتّ[2]، وفي ذلك بالعِلم(س)، كمُتفاوِضَين(س)[3] باعا وغاب أحَدُهما.

---

(١) في (و): لأنه أيقن.

(٢) البتُّ: القطع. «المختار» ص٢٨.

(٣) أي كشريكين مفاوضةً. وقد مر معنى المفاوضة.

رَجُلان باعا عبدًا صَفقةً أو صَفقتَين، فمات أحَدُهما، ووَرِثه صاحِبُه، ووَجَد الْمُشتَري به عَيبًا: خاصَمه في أحَد النِّصفَين[1] إن شاء، أو في النِّصفَين، لكن حُلِّف في نَصيبه بالبَتّ، وفي نَصيب مُورِّثه بالعِلم؛ لأنه تَحليفٌ على فِعل الغيرِ.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا كان البيعُ صَفْقةً واحِدةً، وأراد ردَّ كلِّه، وحَلَّفه فيما باع على البَتات: لا يَحلِفُ فيما باع مُورِّثُه؛ لأن الخصمَ واحِدٌ، والصَّفْقةَ مُتَّحِدةٌ، والدَّعوى واحِدةٌ، واليَمينُ على البَتات أَقوى، فتَنوبُ عن الأُخرى.

بخِلاف ما لو كانا صَفقتَين؛ لتَصوُّر الحُدوثِ بينَهما.

وبخِلاف ما لو كان حيًّا؛ لتَفاوُت النّاسِ في التَّفادِي عن اليَمين.

والْمُفاوِضان إذا باعا وغاب أحَدُهما فهو -كما بَيَّنّا في الوارِث- على الاختِلاف.

باع الإمامُ أو أمينُه غَنيمةً مُحرَزةً، ووُجِد عَيبٌ: نُصِب له خصمٌ، ولا يُحلَّفُ، ولا يَصِحُّ إقرارُه، فإن بَرْهَن ورَدّ: تُباعُ.

باع الإمامُ أو أمينُه غَنيمةً مُحرَزةً، ووَجَد الْمُشتَري عَيبًا: لا يَرُدُّ عليهما؛ لأن الأمينَ[2] لا يَنتصِبُ خصمًا، ولكن الإمامُ يَنصِبُ له خصمًا.

ولا يُحلِّفُه؛ لأن فائِدةَ الحَلِفِ النُّكولُ، ولا يَصِحُّ نُكولُه[3] وإقرارُه.

فإن بَرْهَن على العَيب، ورَدّ: يُباعُ، ويُدفَعُ الثَّمَنُ إليه.

والنَّقصُ أو الفضلُ في محَلِّه، كما لو وُجِد حُرًّا، أو استُحِقّ.

---

(١) في (د): الصفقتين.

(٢) في نسخة على هامش (ب): الإمام.

(٣) في (هـ): (ولا فائدة في نكوله إذ لا يصح) بدل (ولا يصح نكوله).

والنقصُ أو الفضلُ في محلِّه، أي إن نَقَص الثَّمَنُ الآخِرُ عن الثَّمَن الأوَّلِ.. إن كان الْمَبيعُ من أربَعَة الأخماسِ: يُعطى[1] منها، وإن كان من الخُمُس: يُعطى منه، وكذا الزِّيادةُ تُوضَعُ فيما[2] كان البيعُ منه؛ لأن الغُرمَ بالغُنْم، كما لو وَجَد الْمَبيعَ حُرًّا، أو استُحِقَّ.. فإنه إن كان من أربَعَة الأخماسِ: يُعطى العِوَضَ منها، وإن كان من الخُمُس: يُعطى منه.

وبيتُ المالِ:

للزَّكاة، والعُشْرِ، والخُمُسِ، وهو للفُقَراء.

وللخَراج، وما يُؤخَذُ من الكُفَّار، للغُزاة، والقُضاةِ، والْمُفتِين[3]، والْمُحتسِبةِ[4]، وبِناءِ الحُصونِ[5] والْمَساجِدِ، وكَرْيِ[6] الأنهارِ العِظامِ، وما فيه صَلاحُ[7] دارِ الإسلامِ.

وللتِّركات[8]، للنَّوائِب[9]، ونَفَقةِ الْمَرضى واللَّقيطِ،..........

---

(١) في (ب): يعطى العوض.

(٢) في (ب): فيما إذا.

(٣) المفتي: هو الفقيه الذي يجيب في الحوادث والنوازل وله ملكة الاستنباط. «التعريفات الفقهية» ص٢١٢.

(٤) المحتسب: من كان يتولى منصب الحِسبة.

والحسبة: منصب كان يتولاه في الدول الإسلامية رئيس يشرف على الشؤون العامة من مراقبة الأسعار ورعاية الآداب. «المعجم الوسيط» ١/ ١٧١.

(٥) الحصن: المكان الذي لا يُقدر عليه لارتفاعه، وجمعه حصون. «المصباح» ١/ ١٣٩.

(٦) كري الأنهار: كري: بوزن رَمْي، وهو: حفرها وتنظيفها، وكري البئر: طيها. «المطلع» ص٢٦٠.

(٧) في (ن): إصلاح.

(٨) التركات: جمع تَرِكة، وهي ما تركه الميت وخلفه. «المصباح» ١/ ٧٤.

(٩) النائبة لغة: الحادثة والنازل عند الفقهاء، وما يضرب السلطان على الرعية لمصلحتهم، كأجر=

وعقلِه[1]، وكَفَنِ[2] الْمَوتى، وما يَرى الإمامُ من الْمَصالِح[3].
وللُّقَطات، فيُتصدَّقُ بها بشَرطه.

وبيتُ المالُ أربَعةٌ:

أحَدُها: للزَّكاة، والعُشرِ، والخُمُسِ، وهو للفُقَراء، والْمَساكينِ، وأبناءِ السَّبيلِ.

وثانِيها: للخَراج، والجِزيةِ، وما يُؤخَذُ من تُجّار الكُفّارِ والْمُستأمَنين، وهو للغُزاة، والقُضاةِ، والْمُفتِين، والْمُحتسِبةِ، والْمُؤذِّنين، وسدِّ الثُّغورِ، وبِناءِ الحُصونِ والْمَساجِدِ، وكَرْيِ الأنهارِ العِظامِ، وما فيه صَلاحُ دارِ الإسلامِ والْمُسلِمين.

وثالِثُها: للتَّركات التي لا مُستحِقَّ لها، وهو لنَوائِب الْمُسلِمين، ونَفَقةِ الْمَرضى، واللَّقيطِ، وعقلِ جِنايتِه، وكَفْنِ الْمَوتى، وما يَرى الإمامُ من الْمَصالِح.

=حفظ الطريق وأبواب السكك وكري الأنهار وبناء بيمارستان وغير ذلك. «التعريفات الفقهية» ص٢٢٤.

نوائب المسلمين: ما ينوبهم من الحوائج، كإصلاح القناطر، وسد البثوق، ونحو ذلك. «المغرب» ص٤٧٣. والنائبة: المصيبة، واحدة نوائب الدهر. «المختار» ص٣٢١.

وفي اصطلاحهم: قيل: أرادوا بها ما يكون بحق، وقيل المراد بها ما ليس بحق. «مجمع الأنهر» ٢/ ١٤٢.

وشرعًا: ما يَضرِبه السُّلطانُ على الرَّعيّة لِمَصلَحتهم. «الدر المنتقى» ٣/ ٥٦٧.

(١) العقل: فعل العاقلة، وهي: أهل ديوان لمن هو منهم، وقبيلته التي تحميه ممن ليس منهم، قال النسفي: العاقلة: الذين يؤدون الدية، وعند الشافعي: العاقلة أهل العشيرة وهم العصبات. «التعريفات الفقهية» ص١٤٢.

(٢) كَفَّنته في بُرد ونحوه تكفينًا، وكَفَنْتُه كَفْنًا من باب ضرب: لغة. «المصباح» ٢/ ٥٣٧، وهذه الأخيرة هي الأنسب للمصدر.

(٣) المصالح: جمع مصلحة، وهي مَفعلَةٌ من الصلاح ضد الفساد، أي: يصرف في مصالح المسلمين العامّة. «المطلع» ص٢٦٠.

ورابِعُها: للُّقَطات، فيَتصدَّقُ بها بشَرط الضَّمانِ، وما يَرى من الْمَصالِح.

وإنما وَجَب أن يَكونَ أربَعةً: لأن لكلِّ مالٍ منها حُكمًا يَختَصُّ به لا يُشارِكُه مالٌ آخرُ فيه، فلو خَلَطه بغَيره لا يُمكِنُه صرفُه إلى مَصرِفه.

مُشتَرٍ قال: (أعتَق البائِعُ)، أو (دبَّر)، أو (أولَد)، أو (هو حُرُّ الأصلِ)، وحَلَف: عَتَق، ورَجَع بالعَيب.

مُشتَر قال: (أعتَقَ البائِعُ)، أو (دبَّر)، أو (أولَد)، أو (هو حُرُّ الأصلِ)، وأنكَر البائِعُ، وحَلَف: قُضِي بالعِتق، والتَّدبيرِ، والاستيلادِ، ورَجَع بالعَيب إن عَلِم به؛ لأن الْمُبطِلَ للرُّجوع إزالتُه عن مِلكه إلى غَيره بِإنشائه أو إقرارِه، ولم يُوجَد.

وفي (باعَه، وهو مِلكُ فُلانٍ)، وصَدَّقه، وأخَذ: لا، وإن كَذَّبه: رَدَّ بالعَيب، كما لو عَلِم بعَيبٍ، فأقَرَّ، وكَذَّبه.

ولو قال: (باعه وهو مِلكُ فُلانٍ)، وصَدَّقه فُلانٌ، وأخَذه: لا يَرجِعُ بالنُّقصان؛ لأنه أخرَجه عن مِلكه في الظّاهِر بإِقراره، كأنه وَهَبه، ولا نَعني به أنه تَمليكٌ، لكن التَّمليكُ يَثبُتُ مُقتَضى[1] الإقرارِ ضَرورةً، فجُعِل كأنه مَلَّكه بعدَ الشِّراءِ ثم أقَرَّ به.

وإن كَذَّبه رَدَّه بالعَيب؛ لبُطلان إقرارِه بتكذيبه، وكذا لو عَلِم بالعَيب، ثم أقَرَّ به لفُلانٍ، وكَذَّبه: رَدَّه به؛ لأن الإقرارَ لا يَدُلُّ على استِبقاء[2] الْمِلكِ.

ولو قال: (كان لفُلانٍ، أعتَقه قبلَ شِرائِي)، وكَذَّبه فيهما: رَجَع، ولو صَدَّقه فيهما، أو في الْمِلك، أو قال: (أعتَقه بعدَ شِرائِي)، أو (دبَّر)، أو (أولَد): لا.

---

(١) في (ج) و(د): بمقتضى.

(٢) في (ب) و(هـ): استيفاء.

ولو قال: (كان لفُلانٍ، أعتقه قبلَ شِرائي من البائع)، وكَذَّبه فيهما -أي في الْمِلك والإعتاقِ-: رَجَع؛ لأنه يَعتِقُ على الْمُشتَري بإقراره، فصار كإِنشاء العَتقِ منه.

ولو صَدَّقه فيهما أو في الْمِلك: لا يَرجِعُ بالنُّقصان؛ لأنه ناقِلٌ في حقِّه.

ولو قال: (كان لفُلانٍ، أعتَقه بعدَ شِرائي)، وصَدَّقه، أو كَذَّبه، أو (دَبَّر) أو (أولَد).. (قبلَ الشِّراءِ) أو (بعدَه)، وصَدَّقه، أو كَذَّبه: لا يَرجِعُ؛ لأنه أقَرَّ بعقدٍ مُنعقِدٍ، فكان ناقِلًا في حقِّه.

مِصراعا[1] بابٍ، وزَوجا خُفٍّ: شَيئان في تَصرُّفٍ حَلَّ بأحَدهما، ولم يُؤثِّر عَيبًا في الآخَر، كالقَبض، والرُّؤيةِ.

مِصراعا بابٍ، وزَوجا خُفٍّ، ونحوُهما: شَيئان حَقيقةً، وشيءٌ واحِدٌ حُكمًا؛ لأن الْمَنفَعةَ الْمَطلوبةَ لا تَحصُلُ إلا بهما، ولا يُمكِنُ اعتِبارُهما في تَصرُّفٍ واحِدٍ، فجُعِلا شَيئَين في تَصرُّفٍ حَلَّ بأحَدهما، ولم يُؤثِّر عَيبًا في الآخَر، كالقَبض.

حتى إذا قَبَض الْمُشتَري أحَدَهما بغَير إذنِ البائِع، وهَلَك الآخَرُ عندَ البائِع: يُخيَّرُ الْمُشتَري، إن شاء أمسَك الآخَرَ بحِصّته من الثَّمَن، وإن شاء رَدَّه، وما هَلَك يَهلِكُ على مال البائِع؛ لأن الْمُشتريَ بقَبض أحَدِهما لم يَصِر قابِضًا للآخَر؛ لأن قَبْضَ أحَدِهما لا يُؤثِّرُ عَيبًا في الآخَر.

بخِلاف ما إذا قَبَض أحَدَهما بإِذن البائِع، وهَلَك الآخَرُ؛ فإنه لا يُخيَّرُ؛ لأن الإذنَ أوجَب استِحقاقَ القبضِ له، وحقُّ القبضِ في أحَدهما ما وَجَب لعَينه، بل للانتِفاع، وهو يَقومُ بهما، فصار قبضُهما مُستحَقًّا له، فجُعِل قبضُ أحَدِهما كقَبضِهما.

---

(١) المصراعان: واحدهما مصراع -بكسر الميم-: وهو أحد البابين المنغلق أحدهما على الآخر. «المطلع» ص٢٨٤.

وهنا ما صار مُستحَقًّا، بل يَجِبُ نقضُه؛ لعَدَم الإذنِ ونقدِ الثَّمَنِ، فلا يَجوزُ تَحقيقُ الحُكمِ له، فتُعتبَرُ[1] الحَقيقةُ والرُّؤيةُ، حتى إذا رَأى الْمُشتَري أحَدَهما ورَضِيَه، ثم رَأى الآخَرَ فلم يَرضَه: فله الخِيارُ؛ لأن رُؤيةَ أحَدِهما لا تُؤثِّرُ في الآخَرِ؛ لأنها لا تُعرِّفُ له[2] حالَ الآخَرِ، فقد يَكونُ أحدُ الخُفَّين أجوَدَ أدِيمًا، وأحسَنَ صَنعةً.

إلا أنه إذا أَراد الرَّدَّ فإما أن يَرُدَّهما أو يُمسِكَهما، وليس له أن يَرُدَّ الذي لم يَره وحدَه؛ دفعًا للضَّرَر عن البائِع؛ لأنه لا يَبقى مُنتفَعًا به على الوَجه الذي يَكونُ مُنتفَعًا مع الآخَرِ.

وواحِدٌ لو أثَّره، كالإهلاك، والتَّعييبِ، فلو أتلَف رَجُلٌ أحَدَهما: ضَمِنهما.

وشيئًا واحِدًا في تَصرُّفٍ حَلَّ بأحَدهما، وأثَّر في الآخَر عَيبًا، كالإهلاك، والتَّعييبِ، فإن الْمُشتَريَ لو استَهلَك الْمَقبوضَ، أو عَيَّبه، ولم يَقبِض الآخَرَ حتى هَلَك في يَد البائِع: هَلَك من مال الْمُشتَري؛ لأن التَّعييبَ في أحَدهما يُؤثِّرُ في الآخَر، فصار كما لو قَطَع يَدَ الْمَبيعِ قبلَ القبضِ، فإنه يَصيرُ به قابِضًا للكلِّ، كذا هنا.

ولو عَيَّبهما البائِعُ أو أحَدَهما بأمره: صار قابِضًا لهما؛ لانتِقال فِعلِه إليه.

ولو أتلَف رَجُلٌ أحَدَهما: فلصاحِبه أن يُسلِّمَ الآخَرَ إليه، ويُضمِّنَه قِيمتَهما؛ لأنهما كشيءٍ واحِدٍ في حقِّ الانتِفاعِ، فكان كاستِهلاكهما معنًى، كما لو خَرَق ثَوبًا واحِدًا خَرْقًا فاحِشًا.

ولو قَبَضهما الْمُشتَري، ثم وَجَد بأحَدهما عَيبًا: ليس له أن يَرُدَّ الْمَعيبَ خاصّةً؛ لِما مَرّ.

(١) في حاشية (ب): فيتعين. نسخة.

(٢) في (ب): بها.

أثبَت شِراءَ طَيلَسانِه[1] وقَميصِه بخُفَّيه، والآخرُ شِراءَ خُفَّيه وقَلَنْسُوَتِه بقَميصه: فنِصفُ الخُفَّين[2] بالطَّيلَسان، ونِصفُ القَميصِ بالقَلَنْسُوة، ونِصفُ خُفَّيه بنِصف القَميصِ، وثَمرتُه: في العَيب.

رَجُلٌ له طَيلَسانٌ وقَميصٌ، ولآخرَ خُفّان وقَلَنْسُوةٌ، فأثبَت بالبيِّنة صاحِبُ الخُفَّين شِراءَ طَيلَسانِه وقَميصِه بخُفَّيه، والآخرُ شِراءَ خُفَّيه وقَلَنْسُوتِه بقَميصه: فنِصفُ الخُفَّين بالطَّيلَسان، ونِصفُ القَميصِ بالقَلَنْسُوة، ونِصفُ خُفَّيه بنِصف القَميصِ.

لأنهما اتَّفَقا على الخُفَّين والقَميصِ، وإنما اختَلَفا في بَيع الطَّيلَسانِ والقَلَنْسُوةِ، فصاحِبُ الخُفَّين يَدَّعي شِراءَ الطَّيلَسانِ بنِصف الخُفَّين، وأثبَته بالبيِّنة، فيُقضى به، وصاحِبُ القَميصِ يَدَّعي شِراءَ القَلَنْسُوةِ بنِصف القَميصِ، وأثبَته بالبيِّنة، فيُقضى به، فلذا صار كلُّ الطَّيلَسانِ بنِصف الخُفَّين، وكلُّ القَلَنْسُوةِ بنِصف القَميصِ، فبَقِي نِصفُ الخُفَّين بنِصف القَميصِ بتَصادُقهما.

وثَمَرتُه: في العَيب، أي إن وُجِد بأحَدهما عَيبٌ رَدَّ بما يُقابِلُه، حتى إذا تَقابَضا، ثم وُجِد بالقَلَنْسُوة عَيبٌ: رَدَّها بنِصف القَميصِ، وإن وُجِد بالطَّيلَسان رَدَّه بنِصف الخُفَّين، وإن وُجِد بالخُفَّين رَدَّهما بالطَّيلَسان ونِصفِ القَميصِ، وإن وُجِد بالقَميص رَدَّه بالقَلَنْسُوة ونِصفِ الخُفَّين.

وهذا إذا كانت قِيمةُ الكلِّ سَواءً، حتى يُقسَمُ بالسَّوِيّة.

باعَه عبدًا، ووَهَبه[3] آخَرَ، ومات أحَدُهما، ورَدَّ الحيَّ بعَيبٍ: فالقولُ للبائع أنه

(١) الطيلسان: تعريب تالشان، وجمعه طيالسة، وهو من لباس العجم، مدور أسود. «المغرب» ص٢٩٢.

(٢) في (م) و(ف): الخف.

(٣) في (ع): أو وهبه.

مَوهوبٌ، ورَجَع فيه، ورَدَّ ثَمَنَه، ورَجَع بقِيمة الميْتِ.

باعه عبدًا، ووَهَب له عبدًا آخرَ، وقَبَضهما، ومات أحَدُهما، وأراد ردَّ الحيِّ بعَيبٍ، وقال: (الْمَبيعُ هذا)، وقال البائعُ: (هو مَوهوبٌ): فالقولُ للبائع أنه مَوهوبٌ؛ لأن القولَ للمُملِّك[1] في بيان جِهةِ التَّمليكِ، ورَجَع فيه، ورَدَّ ثَمَنَه.

ورَجَع بقِيمة الميْتِ، أي للبائع أن يَرجِعَ في الحيّ، وإن ادَّعى الْمُشتَري أن الْمَوهوبَ ميتٌ؛ لأن التَّمليكَ صَدَر من البائع، ويَرجِعُ الْمُشتَري عليه بالثَّمَن؛ لأنّا إنما جَعَلنا القولَ للبائع: لأن تَمليكَ العبدِ استُفِيد منه.

وكما أن تَمليكَ العبدِ من البائع فتَمليكُ الثَّمَنِ من الْمُشتَري، فيُقبَلُ قولُ الْمُشتَري في كَيفيَّة تَمليكِ الثَّمنِ، والْمُشتَري يَزعُمُ أنه مَلَك الثَّمَنَ بإزاء الحيِّ، والحيُّ لم يَسلَم للمُشتَري، فلا يَسلَمُ للبائع ثَمَنُه.

ولكن إنما يَرجِعُ البائعُ في الحيِّ بعدَ أن يَحلِفَ أنه ما باعه الحيُّ، وكذا الْمُشتَري إنما يَرجِعُ بالثَّمَن على البائع بعدَ أن يَحلِفَ أنه ما اشتَرى الميْتَ.

ورَجَع البائعُ على الْمُشتَري بقِيمة الميْتِ؛ لأن البائعَ أقَرَّ أن الميْتَ مَبيعٌ، والثَّمَنَ بإزائه، فإذا حَلَف الْمُشتَري لم يَسلَم له الثَّمَنُ، فيَرجِعُ بالْمَبيع، وقد عَجَز عن ردِّه بمَوته، فتَلزَمُه القِيمةُ.

ولو اشتَرى عَبدَين، ومات أحَدُهما، وأراد ردَّ الحيِّ بالعَيب، وقال: (ثَمَنُه دَراهِمُ)، وقال البائعُ: (دَنانيرُ): فالقولُ للمُشتَري؛ لأنه الْمُملِّكُ[2] للثَّمَن.

ولو كان العبدُ واحِدًا، وأراد ردَّه بالعَيب، وقال البائعُ: (الْمَبيعُ غيرُه): فالقولُ له؛

(١) في (هـ): للمالك.

(٢) في (هـ): المالك.

لأنه الْمُملِّكُ.

باع ما اشتَرى، فجَحَده الْمُشتَري الثّاني، وحَلَف، أو تَصادَقا أن البيعَ فاسِدٌ، أو سُمعةٌ[1]، أو بخِيار رُؤيةٍ، أو شرطٍ، أو رُدَّ بعَيبٍ قَديمٍ ببيِّنةٍ: رَدَّ على بائِعه.

الْمُشتَري إذا باع ما اشتَرى، فجَحَد البيعَ الْمُشتَري الثّانِي، وحَلَف على ذلك، وعَزَم الْمُشتَري الأوَّلُ على تَرك الخُصومةِ، ثم وَجَد الأوَّلُ به عَيبًا: رَدَّه على بائِعه؛ لانفِساخ العقدِ[2] بدُون رِضاه، فعاد إليه قَديمُ مِلكِه.

وكذا لو تَصادقا أن البيعَ فاسِدٌ، أو سُمعةٌ، أو بخِيار رُؤيةٍ أو شرطٍ: له أن يَرُدَّه على بائِعه؛ لأنه يُنكِرُ إزالةَ الْمِلكِ في السُّمعة؛ إذ بيعُ التَّلجِئةِ[3] لا يُزيلُ الْمَبيعَ[4] عن مِلك البائِعِ، وكذا البيعُ الفاسِدُ قبلَ القبضِ، وكذا البيعُ بخِيار الشَّرطِ.

وفي البَيع بخِيار الرُّؤيةِ يَعودُ إليه قَديمُ مِلكِه؛ لكَون الرَّدِّ فسخًا من كلِّ وجهٍ، حتى يَنفرِدُ به الْمُشتَري بلا رِضا البائِعِ.

ولو رَدَّ عليه بتَجاحُدٍ بعدَما أقَرَّ بالبَيع، أو خُيِّرَ الْمُشتَري الثّانِي بعدَه، أو أَراد الرَّدَّ، فأثبَت البائِعُ بيعَه، أو إقرارَه به من غائِبٍ: لا.

---

(١) سَمَّعت بالشيء بالتشديد: أذعته ليقوله الناس. «المصباح» ١/ ٢٨٩. والبيع سمعة: نحو أن يخاف رجل السلطان فيقول الرجل: إني أظهر أني بعت منك داري. «البدائع» ٥/ ١٧٧.

(٢) في (هـ): العقدين.

(٣) بيع التلجئة: هو العقد الذي يباشره الإنسان عن ضرورة، ويصير كالمدفوع إليه، وصورته: أن يقول الرجل لغيره: أبيع داري منك بكذا في الظاهر، ولا يكون بيعًا في الحقيقة، ويشهد على ذلك، وهو نوع من الهزل. «التعريفات» ص٤٨.

(٤) في (و): الملك.

ولو رَدَّ عليه بتَجاحُدٍ بعدَما أقَرَّا بالبَيع: لا يَرُدُّ؛ لأنه رُجوعٌ عن البَيع، وهو إقالةٌ، وهي بيعٌ جَديدٌ في حقِّ البائعِ الأوَّلِ.

وكذا لو خُيِّرَ الْمُشتري الثّاني بعدَه، أي تَصادَقا بأن البيعَ صَحيحٌ باتٌّ، ثم جَعَل أحَدُهما لصاحِبه خِيارَ الفسخِ: صَحّ، فلو وَجَد به عَيبًا لا يَرُدُّ؛ لأن حقَّ الفسخِ ثَبت بتَراضِيهما بعدَ انبرامِ العقدِ، فكان كالفَسخ بالإقالة.

وكذا لو أَراد الرَّدَّ، فأثبَت البائعُ بالبيِّنة بيعَه من فُلانٍ، أو إقرارَه ببَيعه من فُلانٍ، وهو غائِبٌ: لا يَرُدُّه؛ لأنه خصمٌ في إثباته؛ لِما تَعلَّق به من بُطلان حقِّ الرَّدِّ.

اشتَرى عبدًا وأمةً بمِائة دِينارٍ، ولم يَنقُد، فقال: (إنه صَفْقةٌ، وحِصّتُها ثُلُثُها)، وقال البائِعُ: (سُمِّي لكلٍّ خَمسون): لا يُسمَعُ.

اشتَرى عبدًا وأمةً بمِائة دِينارٍ، وقَبَضهما، ولم يَنقُد الثَّمَنَ، فقال: (اشتَريتُهما في صَفْقةٍ، وقيمةُ العبدِ ألفٌ، وقيمةُ الأمةِ خمسُمِائةٍ، وانقَسم الثَّمَنُ عليهما أثلاثًا، وحِصّتُها ثُلُثُها، وحِصّتُه ثُلُثاها)، وقال البائِعُ: (سُمِّي لكلٍّ خَمسون): لا يَسمَعُ القاضِي خُصومتَهما في الحال[1]؛ لأنه لا يُفيدُ؛ إذ يَلزَمُ الْمُشتريَ مِائةُ دِينارٍ كيفما كان.

فإن عَلِم بعَيبه رَدَّه بخَمسين، وتَحالَفا فيها.

فإن عَلِم بعَيب العبدِ رَدَّه بخَمسين؛ لاتِّفاقهما على أن الخَمسين مُقابَلٌ به، وتَحالَفا في الأمة، وتَرادّا؛ لأن البائِعَ يَدَّعي أن الخَمسين مُقابَلٌ بها، والْمُشتريَ يَدَّعي أن ثُلُثَ الْمِائةِ مُقابَلٌ بها، فقد اختَلَفا في ثَمَنها، وهي قائِمةٌ، فتَحالَفا.

قَبَض الْمَبيعةَ بلا إذنٍ، ونَقَد، فوَلَدت: استَردَّهما البائِعُ، فإن نَقَد تَقرَّر قبضُه، ولا

(١) في (د): المآل.

قِسطَ له من الثَّمَن.

قَبَض الْمُشتَري الْمَبيعةَ بلا إِذن البائِعِ ونقْدِ الثَّمَنِ، فوَلَدت في يَد الْمُشتَري: استَردَّهما البائِعُ.

أما استِردادُ الأمةَ: فلأن للبائِع حقَّ حبسِ الْمَبيعِ لاستيفاء الثَّمَنِ.

وأما استِردادُ الولَدِ: فلأن حقَّ الحبسِ ثَبَت في الأمِّ[1] مُؤكَّدًا، فسَرى إلى الوَلَد، كالرَّهن.

فإن نَقَد الْمُشتَري الثَّمَنَ قبلَ الاستِردادِ تَقرَّر قبضُه؛ لحُصول الْمَقصودِ، ولا قِسطَ له من الثَّمَن؛ لأنه ظَهَر أن الولَدَ حَدَث بعدَ القبضِ الْمُعتبَرِ.

ولا يَرُدُّهما بعَيبٍ

.ولا يَرُدُّهما بعَيبٍ.

أما الولَدُ: فلأنه لم يَرِدْ عليه العقدُ والقبضُ، ولا يَرجِعُ بالنُّقصان أيضًا؛ لأنه لا حِصّةَ له من الثَّمَن.

وأما الأمُّ: فللزِّيادة الْمُنفصِلةِ الْمُتولِّدةِ من الْمَبيع؛ وهذا لأنه لا يَقدِرُ على ردِّها مع الولَدِ؛ لأن العقدَ لم يَرِد عليه، فلا يَرِدُ عليه الفسخُ؛ لأن الأصلَ اتِّحادُ مَورِدِهما، ولا يَقدِرُ على ردِّها بلا ولَدٍ؛ لأنه لو رَدَّها لرَدَّها بكلِّ الثَّمَنِ؛ لأن الولَدَ الحادِثَ بعدَ القبضِ لا يُقابِلُه شيءٌ من الثَّمَن؛ لأنه لم يَرِد عليه العقدُ ولا القبضُ الذي له شبَهٌ به، فبَقِي الولَدُ في يَد الْمُشتَري مَبيعًا بلا ثَمَنٍ، وهو رِبًا.

فإن استَردَّهما: أخَذ قِسطًا منه، فلو كانَت قِيمةُ كلٍّ ألفًا، وبلَغت قِيمتُه ألفَين، فنَقَد،

---

(١) في (ب): الأمة.

وقَبَضهما، فعَلِم بعَيبِها: رَدَّها[1] بثُلُث الثَّمَنِ، فلو ماتَت: أخَذه بثُلُثَيه، ولو مات: أخَذها بكلِّه إن شاء.

فإن استَرَدَّهما البائِعُ قبلَ نقدِ الثَّمَنِ أخَذ قِسطًا من الثَّمَن؛ لانتِقاض قبضِه من الأَصل، وصار كأنه حَدَث في يَد البائِعِ.

فلو كانت قِيمةُ كلِّ واحِدٍ منهما ألفًا يومَ استَرَدَّهما، فبَلَغت قِيمتُه ألفَين، فنَقَد الثَّمَنَ، وقَبَضهما، فعَلِم بعَيبٍ بالأُمِّ: رَدَّها بالعَيب بثُلُث الثَّمَنِ؛ لأن قِيمةَ الأُمِّ تُعتبَرُ يومَ العقدِ، وقِيمةَ الولَدِ يومَ القبضِ؛ لدُخوله في ضَمانه بالقَبض، فلو وَجَد به عَيبًا رَدَّه بثُلُثَي الثَّمَنِ، ولو وَجَد بهما عَيبًا رَدَّهما بكلِّ الثَّمَنِ.

ولو ماتت الأُمُّ أخَذ الْمُشتَري الولَدَ بثُلُثَي الثَّمَنِ إن شاء، ولو مات الولَدُ أخَذها بكلِّ الثَّمَنِ إن شاء؛ لأنه صار كأن لم يكن؛ لفَوات القبضِ، فبَقِي كلُّ الثَّمَنِ مُقابَلًا بالأُمِّ، وخُيِّر؛ للنُّقصان.

ولو نَقَصت بالوِلادة مِائةً، وقِيمتُه خَمسون، فاستَرَدَّهما، ومات: أخَذها بكلِّه، أو تَرَك، وضَمِن نِصفَ عُشرِه.

ولو نَقَصت بالوِلادة مِائةً، وقِيمتُه خَمسون، فاستَرَدَّهما البائِعُ من الْمُشتَري، ومات الولَدُ في يَد البائِعِ: فالْمُشتَري بالخِيار، إن شاء أخَذ الأُمَّ بكلِّ الثَّمَنِ؛ لأنه لما مات الولَدُ قبلَ القبضِ بَقِي كلُّ الثَّمَنِ بمُقابَلة الأُمِّ.

وإن شاء تَرَك، وضَمِن نِصفَ عُشرِ الثَّمَنِ؛ لأنه احتبَس عندَ الْمُشتَري من الأَمة[2]

(١) في (ع): ردهما.

(٢) في (ب): الأم.

بقَدْر خَمسين؛ لأن النُّقصانَ بقَدْر الْمِائةِ، إلا أن بقَدْر الخَمسين له جابرٌ[1]، وهو الولَدُ، وقد وَصَل الولَدُ إلى يَد البائِعِ، فبَقِي الْمُحتبَسُ عندَ الْمُشتَري خمسون، وذا نِصفُ عُشرِ الأمةِ، فيَتقرَّرُ عليه نِصفُ عُشرِ الثَّمَنِ.

ولو ماتَت: أخَذه بجُزءَين من أحَدٍ وعِشرين، أو تَرَك، ورَدَّ جُزءًا.

ولو ماتت الأُمُّ: فإن شاء أخَذ الولَدَ بجُزئَين من أحدٍ وعِشرين من الثَّمَنِ؛ لأنه لَمّا بَقِي الولَدُ إلى وَقت القبضِ انقَسَم الثَّمَنُ عليه وعلى الأُمّ، وقِيمتُه يومَ القبضِ خَمسون، وقِيمتُها ألفٌ يومَ العقدِ، فجُعِل كلُّ خَمسين سهمًا، فكانت الجُملةُ أحدًا وعِشرين سهمًا، عِشرون منها حِصّةُ الأُمِّ، وجُزءٌ حِصّةُ الولَدِ، سَقَط بمَوت الأُمِّ تِسعةَ عشَرٍ؛ لتَأكُّد سهمٍ على الْمُشتَري، وهو قَدْرُ نُقصانِ الوِلادةِ، وسهمٌ واحِدٌ بإزاء الولَدِ، فيأخُذُ الولَدَ، ويُؤدِّي سَهمَين من أحدٍ وعِشرين من الثَّمَن، سهمًا[2] بإزاء الولَدِ، وسهمًا[3] بإزاء النُّقصانِ.

وإن شاء تَرَك، وأدّى جُزءًا من أحدٍ وعِشرين جُزءًا من الثَّمَن، وهو حِصّةُ ما احتبَس عندَ الْمُشتَري بنُقصان الوِلادةِ.

وإن ماتا: لَزِمه نِصفُ عُشرِه، فإن عَلِم بعَيبه: رَدَّه بجُزءٍ من أحَدٍ وعِشرين، وإن عَلِم بعَيبِها: رَدَّها بتِسعةَ عَشَرَ منه.

وإن ماتا: لَزِمه نِصفُ عُشرِ الثَّمَنِ؛ لأنه لَمّا مات الولَدُ قبلَ القبضِ ظَهَر أنه لم يكن بمُقابَلته شيءٌ من الثَّمَن، وأن كلَّ الثَّمَنِ بمُقابَلة الأُمِّ، فإذا ماتت الأُمُّ سَقَط كلُّ الثَّمَنِ إلا

---

(١) في سوى (أ): جائز.

(٢) في (ب): سهم، وفي (هـ): سهمان.

(٣) في (ب): وسهم.

قَدْرَ ما احتبَس عندَ الْمُشتَرِي بسَبَب الوِلادةِ مما لم يكن الولَدُ جابِرًا له، وهو نِصفُ[1] عُشرِ الثَّمَنِ.

ولو لم يَمُت أحَدُهما، ونَقَد الثَّمَنَ، وقَبَضهما.. فإن عَلِم بعَيب الولَدِ: رَدَّه بجُزءٍ من أحدٍ وعِشرين، وإن عَلِم بعَيب الأُمِّ رَدَّها بتِسعةَ عشَرَ من أحدٍ وعِشرين من الثَّمَن.

ولو استَرَدَّهما، وصارَت قِيمتُه خَمسَمائةٍ، فنَقَد، وقَبَضهما، وعَلِم بعَيبها: رَدَّها بتِسعةَ عَشَرَ من ثَلاثين.

ولو استَرَدَّهما البائِعُ من الْمُشتَرِي، وقِيمةُ الولَدِ خَمسون، ونُقصانُ الوِلادةِ مِائةٌ، فصارت قِيمتُه خمسَمِائةٍ في يَد البائِعِ، فنَقَد الْمُشتَرِي الثَّمَنَ، وقَبَضهما، وعَلِم بعَيبها: رَدَّها بتِسعةَ عشَرَ جُزءًا من ثَلاثِين جُزءًا من الثَّمَن؛ لأنه لما بَلَغت قِيمتُه قبلَ القَبضِ خمسَمِائةٍ انقَسَم الثَّمَنُ عليهما.

والْمُعتبَرُ في الانقِسام قِيمةُ الولَدِ يومَ القبضِ، وهو خمسُمِائةٍ، وقِيمةُ الأُمِّ يومَ العقدِ، وهو ألفٌ، ونُقصانُ الوِلادةِ خَمسون؛ لانجِبار نِصفِ النُّقصانِ بالوَلَد، فجَعَلنا كلَّ خَمسين سهمًا، فصار الولَدُ عشَرةً، والأُمُّ عِشرين، وتَأكَّد على الْمُشتَرِي خمسون بسَبَب الوِلادةِ.

ولو رَدَّهما بالعَيب: رَجَع بتِسعةٍ وعِشرين.

ولو رَدَّهما بالعَيب: رَجَع بتِسعةٍ وعِشرين من ثَلاثِين جُزءًا؛ لأن سهمًا واحِدًا -وهو قَدْرُ خَمسين- تَأكَّد على الْمُشتَرِي بسَبَب نُقصانِ الوِلادةِ.

وإن استَرَدَّها دونَه: فقِيمتُه تُعتبرُ يومَئذٍ.

---

(١) سقطت من (هـ).

وإن كان البائعُ استرَدَّها دونَ الولَدِ: فقِيمةُ الولَدِ تُعتبرُ يومَ أخذها.

وإنما يُعتبرُ الولَدُ في الانقِسام مع أنه لم يَقبِضه: لأن البائعَ كان بسَبيلٍ مِن أخذِهما، فلما أخَذها وترَكه جُعِل كأنه أقبَضه؛ لأنه بالتَّرك أكَّد يدَ الْمُشترِي على الوَلَد، وللتَّأكيد حُكمُ الإثباتِ.

ولا يَرُدُّه بعيب.

ولا يُرَدُّ الولَدُ بعَيبٍ؛ لأن الرَّدَّ بالعَيب لدَفع الغُرورِ؛ إذ البائعُ بالبَيع التزَم تَسليمَ الْمَبيعِ سَليمًا؛ لاقتِضاء مُطلَقِ العقدِ السَّلامةَ، فإذا سَلَّم مَعيبًا فقد صار الْمُشتَري مَغرورًا، ولا غُرورَ فيما إذا لم يَأخُذ البائعُ الولَدَ من الْمُشتَري؛ لأن البائعَ هنا ما التزَم تَسليمَ الولَدِ لا سَليمًا ولا غيرَ سَليمٍ؛ لأنه مُذ حَدَث كان في يَد الْمُشتَري إلى وَقت وُجودِ العَيبِ.

بخِلاف ما إذا أخَذهما البائعُ؛ لأنه التزَم تَسليمَه بحُكم العقدِ، والعقدُ يَقتَضي التَّسليمَ سَليمًا، فإذا سَلَّمه مَعيبًا فقد تَحقَّق الغُرورُ.

فإن قُوِّم عليه، وعَلِم بعَيبه: نُقِضت القِسمةُ.

فإن قَوَّم على ذلك، ووَجَد بالأُمِّ عَيبًا، ورَدَّها على ذلك، ثم عَلِم بالوَلَد عَيبًا قَديمًا يُنقِصُه خمسَمِائةٍ: نُقِضت[1] القِسمةُ[2]؛ لتَبيُّن الغلَطِ في الانقِسام.

وإن استرَدَّهما، فقَبَضهما، ورَدَّها بعَيبٍ، وقُسِم الثَّمَنُ عليها وعلى قِيمته يومَ قبضِه، وعَلِم بعَيبه: لم تُنقَض، فإن استرَدَّه فقط، فنَقَد، وأخَذه: رَدَّه بعَيبه دونَها.

وإن استرَدَّهما البائعُ، ثم قَبَضهما الْمُشتَري بعدَ نقدِ الثَّمَنِ، ورَدَّ الأُمَّ بعَيبٍ، وقُسِم

---

(١) في (د) و(هـ): نقصت.

(٢) في (ب) و(د) و(هـ): القيمة.

الثَّمَنُ عليها وعلى قِيمته يومَ قَبَضه الْمُشتَري آخِرًا، ثم عَلِم بعَيبٍ به: لم تُنقَض تلك القِسمةُ.

والفرقُ: أن الولَدَ صار مَقصودًا بالقَبض، فاستَحَقَّ السَّلامةَ، كأن العقدَ وَقَع عليه، والْمُعتبَرُ في تَقويم الْمُستحَقِّ بالعَقد الظّاهرُ لا الحَقيقةُ.

بخِلاف استِردادِ الأُمِّ وحدَها؛ لأن القبضَ لم يُوجَد في الوَلَد، فلم تَصِر صِفةُ السَّلامةِ مُستحَقّةً، وإنما يَثبُتُ له حِصّةٌ ضَرورةَ صِحّةِ الاستِردادِ.

فإن استَردَّ البائعُ الولَدَ دونَ الأُمِّ، فنَقَد الْمُشتَري الثَّمنَ، وأخَذ الولَدَ: له أن يَرُدَّ الولَدَ بعَيبه، وليس له أن يَرُدَّ الأُمَّ بعَيبها، لأن نُقصانَ الوِلادةِ عَيبٌ حادِثٌ في يَد الْمُشتَري، ولكن يَرجِعُ بنُقصان العَيبِ.

ولو لم تَلِد، واعوَرَّت، فاستَردَّها، فنَقَد وأخَذ، وعَلِم بعَيبٍ: رَدَّ بنِصف الثَّمَنِ.

ولو لم تَلِد عندَ الْمُشتَري، واعوَرَّت، فاستَردَّها، فنَقَد، وأخَذها، وعَلِم بعَيبٍ قَديمٍ: رَدَّها بنِصف الثَّمَنِ؛ لأنه صار مُستوفِيًا نِصفَها؛ إذ العَينُ من الآدَميِّ نِصفُه، وقد ضَمِنها بالقَبض بغَير حقٍّ.

ولو باع وسَلَّم، وغاب: فلا خُصومةَ بينَه وبينَ الثّانِي، إلا أن يُصدِّقَه، فيَستَرِدُّ، أو يَضمَنُ لو هَلَكت، وانفَسَخ الثّاني.

فإن حَضَر ونَقَد: سَلِمت له القِيمةُ، وإن هَلَكت عندَه: انفَسَخا.

وبالتَّعييب يَصيرُ قابِضًا، فيَهلِكُ عليه قبلَ منعِه، وبعدَه: لَزِم حِصّةُ العَيبِ.

ولو قَبَض الْمُشتَري الْمَبيعةَ بغَير إذنِ البائِع قبلَ نقدِ الثَّمنِ، وباعها من آخرَ، وسَلَّم، وغاب الْمُشتَري الأوَّلُ، فأَراد البائعُ الأوَّلُ الاستِردادَ منه: فلا خُصومةَ بينَ البائِعِ الأوَّلِ

وبينَ الْمُشتَري الثّانِي إذا كَذَّبه؛ لأنه لا يَدَّعي حقًّا قِبَلَه، إلا أن يُصدِّقَه؛ لأنه أقرَّ بثُبوت حقِّ الاستِردادِ للبائِع، فيُؤخَذُ بإقراره، فاستَردَّ إن كانت قائِمةً، أو[1] ضَمِن إن كانت هالِكةً؛ لأنه كغاصِب الغاصِبِ، وقد عَجَز عن ردِّ العَينِ، فيَجِبُ ردُّ قِيمتِها.

وانفَسَخ البيعُ الثّانِي؛ لأن قبْضَه كان مَوقوفًا، فبردِّ الأصلِ أو الخلَفِ يَبطُل من الأَصل، فصار بيعَ الْمَبيعِ قبلَ القبضِ.

فإن حَضَر الْمُشتَري الأوّلُ، ونَقَد الثَّمَنَ: أَخَذ بكلِّ القِيمةِ، وسَلِمت له، كما لو أَخَذ الأمةَ؛ لانتِقاض البيعِ الثّانِي.

وإن هَلَكت القِيمةُ عندَ البائِعِ الأوّلِ: انفَسَخ البَيعان، كما لو استَردَّ العَينَ، فهَلَكت؛ لانتِقاض القبضِ بالاستِرداد، والْمُشتَري بالتَّعييب يَصيرُ قابِضًا؛ دفعًا للضَّرَر عن البائِع، ولهذا لو فَعَله في مِلك الغيرِ يَصيرُ غاصِبًا.

فإن هَلَك قبلَ أن يَمنَعَ البائِعُ: هَلَك على الْمُشتَري؛ لأنه هَلَك بعدَ قبضِه، ولم يُوجَد من البائِع ما يُوجِبُ نقْضَ قبضِه.

وإن هَلَك بعدَ منعِه: هَلَك على البائِع؛ لأنه صار مُستردًّا بهذا الفِعلِ، فإنه يَصيرُ به غاصِبًا، كما لو مَنَع ولَدَ الْمَغصوبةِ، أو مَنَع الوَديعةَ عندَ طلَبِ الْمُودِعِ، فلَزِمه حِصّةُ نُقصانِ العَيبِ؛ لأن البائِعَ لم يَستَرِدَّ ذلك القَدْرَ؛ لكَونه هالِكًا، فبَقِي مَحبوسًا عندَ الْمُشتَري، فتَقَرَّر عليه حِصّتُه.

ولُبسُه ورُكوبُه: استِردادٌ، لا حِفظُ اللِّجامِ[2]، والسُّكنى[3].

---

(١) في (ب): و.

(٢) اللجام: أداة من حديد ونحوه، توضع في فم الدابة، ولها سيور تمكن الراكب من السيطرة عليها. «لغة الفقهاء» ص٣٨٩.

ولُبسُه ورُكوبُه: استِردادٌ؛ لأن الأجنَبيَّ به يَصيرُ غاصِبًا، كما لو دام على الرُّكوب واللُّبسِ بعدَ مُضِيِّ مُدّةِ الإعارةِ.

لا حِفظُ اللِّجامِ والسُّكنى؛ لأن الأجنَبيَّ لا يَصيرُ غاصِبًا بهما.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَصيرُ مُستردًّا بالسُّكنى؛ لأن الأجنَبيَّ يَصيرُ به[1] غاصِبًا عندَه.

اشتَرى عبدًا بألفٍ، وقَبَض، ولم يَنقُد، وعليه ألفٌ، فمات، فرَدَّه وَصِيُّه بعَيبٍ: لا يَنقُضُه غَريمُه، بل يَدفَعُ نِصف ثَمَنه إليه.

اشتَرى عبدًا بألفٍ، وقَبَضه، ولم يَنقُد الثَّمَنَ، وعليه ألفٌ دَينٌ، فمات ولم يَترُك مالًا غيرَه، فرَدَّه وَصِيُّه بعَيبٍ: لا يَنقُضُه غَريمُه؛ لأن الرَّدَّ بالعَيب بغَير قَضاءٍ بيعٌ، والوَصِيُّ يَملِكُه، ولكن يَأخُذُ الوَصِيُّ من البائِع نِصفَ الثَّمَنِ، ويَدفَعُه إلى الغَريم؛ لأنه كالبَيع الجَديدِ.

ولو باع هذا العبدَ ابتِداءً من البائِع: له أن يَأخُذَ نِصفَ الثَّمَنِ منه، فيَدفَعَه إلى الغَريم، كذا هنا.

ولو رُفِع إلى القاضِي، وعَلِم بالدَّين: لا يَرُدُّه، وإلا رَدَّه.

ولو رَفَعه الوَصِيُّ إلى القاضِي.. إن عَلِم بالدَّين: لا يَرُدُّه؛ لأنه فسخٌ، فيَعودُ إليه قَديمُ مِلكِه، فصار كأنه لم يَبِع، فيَبطُل به حقُّ الغَريمِ، وإن لم يَعلَم: رَدَّه؛ لأن الْمُوجِبَ للرَّدِّ قائِمٌ، وقِيامُ دَينٍ آخرَ مَوهومٌ، فلا يَمنَعُ الرَّدَّ.

فإن أثبَت دَينَه: رَدَّ نِصفَه، أو فَسَخ، وبِيعَ في دَينهما.

فإن حَضَر الغَريمُ، وأثبَت دَينَه بالبَيِّنة: خُيِّر البائِعُ بينَ أن يَرُدَّ نِصفَ الثَّمَنِ، ويُمضِيَ

(١) في (ب): لا يصير به.

الفسخَ، وبينَ أن يَفسَخَ الرَّدَّ، فيُباعَ في دَينهما[1]؛ لأنه مُكرَهٌ في الرَّد، فيُخيرَّ[2]، كالْمُكرَه في الشِّراء له الخِيارُ؛ لعَدم الرِّضا.

ولو هَلَك، أو دَبَّره: رَدَّ نِصفَه، وكذا الْمَريضُ، إلا أن القاضِيَ يَرُدُّ وإن عَلِم بدَينه، وتَعيَّن رَدُّه بغَبْنٍ يَسيرٍ، بخِلاف الوَصِيِّ.

ولو هَلَكَ في يَده، أو دَبَّره، أو كاتَبه، أو حَدَث به عَيبٌ: غَرِم البائِعُ نِصفَ الثَّمنِ؛ لامتِناع الرَّدِّ بهذه الأشياءِ.

وكذا الْمَريضُ، إلا أن القاضِيَ يَرُدُّ وإن عَلِم بدَينه، وتَعيَّن ردُّه بغَبنٍ يَسيرٍ.

بخِلاف الوَصِيِّ، أي لو اشتَرى صَحيحٌ عبدًا بألفٍ، وقَبَضه، ولم يَنقُد الثَّمَنَ، ثم رَدَّ في مَرَضه بعَيبٍ بغَير قَضاءٍ، ومات وعليه دَينٌ: فالجَوابُ فيه كالجَواب في الوَصِيِّ إذا رَدَّ بغَير قَضاءٍ؛ لأن حقَّ الآخرِ تَعلَّق بماله، وهو لا يَملِكُ إيثارَ بعضِ الغُرَماءِ، كالوَصِيِّ.

ولو خاصَمه إلى القاضِي يَقضِي بالرَّدِّ على البائِع، عَلِم بدَينٍ آخرَ أَوْ لا؛ لأنه تَحقَّق السَّبَبُ، وحقُّ الثّانِي إنما يَتعلَّقُ بتَقدير أنه مرَضُ الموتِ، وهو مَوهومٌ، بخِلاف الوَصِيِّ؛ لأنه رَدَّ بعدَ الموتِ، وحقُّ الغَريمِ تَعلَّق بمال الميْتِ بيَقينٍ.

فلو رَدَّه القاضِي عليه، ثم مات الْمُشتَري من مَرَضه: فالجَوابُ فيه كالجَواب في الوَصِيِّ إذا رَدَّ بقَضاءٍ، ولا يَعلَمُ القاضِي بدَينٍ آخرَ، ثم ظَهَر دَينٌ آخرُ؛ لأنه لَمّا مات ظَهَر أنه مرَضُ الموتِ، وحقَّ الغَريمِ تَعلَّق به.

إلا أنه إن كانت قِيمتُه أكثَرَ من الثَّمَن يُنقَضُ الفسخُ، ويُباعُ العبدُ، ويُقسَمُ بينَهما، ولا يُخيرَّ[3] البائِعُ، سَواءٌ كانت الْمُحاباةُ كَثيرةً أو يَسيرةً، بخِلاف الوَصِيِّ؛ لأنه أمينٌ،

---

(١) في (ج) و(د): دينها.

(٢) في (هـ): فيجبر.

(٣) في (هـ): ولا يجبر.

فما لم تتحقَّق منه الخِيانةُ يَكونُ عفوًا لا مُحاباةً؛ لدُخوله تحتَ التَّقويمِ، أما الْمَريضُ: فليس بأمينٍ على الوارِث والغُرَماءِ، فلا تَجوزُ منه الْمُحاباةُ وإن قَلَّت؛ لأنها وَصِيَّةٌ وعليه دَينٌ مُحيطٌ.

ونَظيرُه: الْمُضارِبُ، فإن بيعَه بمُحاباةٍ يَسيرةٍ[1] يَصِحُّ، وربُّ المالِ لو فَعَل ذلك لا يَصِحُّ على الْمُضارِب.

عبدٌ في يَده، ادَّعاه اثنانِ، كلٌّ أنه له باعَه منه بكذا، ولم يَنقُد: سَلِم له بالثَّمَنَين، وكذا لو ذَكَرا نِتاجًا[2]، ورُدَّ بالعَيب على واحِدٍ، ورَجَع بالنُّقصان عليهما، كما لو مات، أو قُطِع.

عبدٌ في يَد رَجُلٍ، ادَّعاه اثنانِ كلُّ واحِدٍ أنه له باعه من ذي اليدِ بكذا، ولم يَنقُد الثَّمَنَ، وبرْهَنا: سَلِم الْمَبيعُ لذي اليدِ بالثَّمَنَين، فيُقضى لكلِّ واحِدٍ بثَمَنٍ ادَّعاه؛ لأنه يَجوزُ أن يَجِبَ لكلِّ واحِدٍ منهما ثَمَنُ هذا العبدِ على الْمُشتَري، بأن اشتَراه من أحَدهما ولم يَنقُده الثَّمَنَ، فقَبَضه، وباعه من الآخَر، ثم اشتَراه منه ثانِيًا، فيَجتمِعُ عليه الثَّمَنان لهما.

وكذا لو ذَكَرا نِتاجًا، أي قالا: إنه عبدُه، وُلِد في يَده، وباعه منه؛ لأن الدَّعوى في الثَّمَن، والكلُّ فيه سَواءٌ.

فإن وَجَد به عَيبًا رَدَّ بالعَيب على واحِدٍ منهما؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما مُقِرٌّ بأن له حقَّ الرَّدِّ عليه، ولا يَرُدُّ عليهما؛ لأن محَلَّ الرَّدِّ هو الْمَبيعُ، وهو مُتَّحِدٌ، فلا يُمكِنُ القَضاءُ بالرَّدِّ عليهما.

(١) في (هـ): (وإن قلت) بدل (يسيرة).

(٢) النِّتاج بالكسر: اسم يشمل وضع البهائم من الغنم وغيرها. «المصباح» ٢/ ٥٩١.

ورَجَع بالنُّقصان عليهما، أي إن رَجَع بالنُّقصان على أحَدهما له أن يَرجِعَ بالنُّقصان على الآخَر، إلا أن يَأخُذَه مَعيبًا؛ لأن في زَعم كلِّ واحِدٍ أن للمُشتَري حقَّ الرُّجوعِ بالنُّقصان عليّ، وحقَّ استِردادِ كلِّ الثَّمَنِ من صاحِبي، فإذا أخَذ من صاحِبي قَدْرَ النُّقصانِ فقد أخَذ منه بعضَ حقِّه.

بخِلاف الرَّدِّ؛ لأن في زَعمه أن الرَّدَّ مُستحَقٌّ عليَّ لا على صاحِبي، فإذا رَدَّ على صاحِبي مع أنه ليس له حقُّ الرَّدِّ عليه فكأنه مَلَّكه منه ابتِداءً، فبَطَل حقُّ الرُّجوعِ بالنُّقصان.

كما لو مات أو قُطِع، أي لو مات العبدُ في يَد الْمُشتَري، ثم عَلِم بعَيبٍ قَديمٍ به: رَجَع عليهما بنُقصان العَيبِ؛ لتَعذرُّ الرَّدِّ بالْمَوت.

وكذا لو لم يَمُت، ولكن قُطِع[1] يدُه، وأخَذ أَرْشَها، ووَجَد به عَيبًا: رَجَع بنُقصانه عليهما، ولا يَملِكُ الرَّدَّ عليهما، ولا يَملِكُ أحَدُهما أخْذَه؛ لأن الزِّيادةَ الْمُنفصِلةَ تَمنَعُ الرَّدَّ، فيَرجِعُ بالنُّقصان عليهما.

ولو أرَّخا[2]، وسَبَق أحَدُهما: رَدَّ به على الآخَر، وقُضِي بالثَّمَنَين، كما لو في أيدِيهما، أو في أحَدهما، وشَهِدا بالقَبض، وبعَدَمه قُضِي بالنِّصف، وخُيِّر لو في أيدِيهما، وفي الثّانية بالثَّمَن للخارِج.

ولو أرَّخا، وسَبَق تَاريخُ أحَدِهما: رَدَّ بالعَيب على الآخَر، كأن ذا اليدِ اشتَراه من الأوَّل، ثم باعه من الثّانِي، ثم اشتَراه منه، ومن اشتَرى شيئًا، ثم أخرَجه عن مِلكه إلى غَيره، ثم اشتَراه منه ثانِيًا، ثم وَجَد به عَيبًا كان عندَ البائِعِ الأوَّلِ: يُخاصِمُ في الرَّدِّ والرُّجوعِ بالنُّقصان مع الثّانِي دونَ الأوَّلِ، كذا هنا.

---

(١) في (هـ): قطعت.

(٢) أرَّخت البينة: ذكرت تاريخًا، وأطلقت: أي لم تذكره. «المصباح» ١/ ١١.

بِخِلافِ الْمَسالَةِ الْمُتقَدِّمةِ؛ لأنه لم يَظهَر ثَمَّ سبقُ أحدِ الشِّراءَين، فلم يكن أحدُ الْمُدَّعِيَين -بأن يُجعَلَ بائِعًا[1] أوَّلًا حتى تَمتنِعَ الخُصومةُ معه في العَيب- أَولى من الآخَرِ، فيَثبُتُ له حقُّ الخُصومةِ معهما، ولا كذلك[2] هنا، وقُضِي بالثَّمَنين؛ لِما مَرّ، وهنا أحَقُّ.

ولو كان العبدُ في أيدِي الْمُدَّعِين، أو في يَد أحَدِهما، فأَقام أحَدُهما بيِّنةً أنه باعه من بكرٍ بألفٍ، وأقام الآخَرُ أنه باعه من بكرٍ بمِائة دِينارٍ، وذَكَر القبضَ: قُضِي بالثَّمَنَين على بكرٍ، وأُخِذ العبدُ؛ لأن البيعَ مع التَّسليمِ يَكفي لاستِحقاق الثَّمَنِ، والعبدُ في يَد من هو في يَده بالغَصب.

وبِعَدَمه قُضِي بالنِّصف، أي إن كان العبدُ في أيدِيهما، ولم يُقِيما على القَبض: قُضِي بِنصف الثَّمَنِ لكلِّ واحِدٍ؛ لأن الثَّمَنَ بإزاء تَسليمِ الْمَبيعِ، وقد وُجِد في النِّصف، فيُستحَقُّ النِّصفُ، ويُخيَّرُ؛ لتَفرُّق الصَّفقةِ.

ولو كان في يَد أحَدِهما، وأَقاما على البَيع بيِّنةً دونَ القبضِ: فالعبدُ للخارِجِ؛ لأنهما لا يَستحِقّان الثَّمَنَ إلا بعدَ إثباتِ الْمِلكِ في العَبد، وأحَدُهما ذو اليدِ، والآخَرُ خارِجٌ، فكان أَولى، فيَأخُذ، ويَدفعُ إلى بكرٍ، ويَأخُذُ الثَّمَنَ.

تَخمَّر عَصيرٌ عندَ الْمُشتَري، أو أسلَم مُشتَري الخمرِ: لم يُرَدَّ بعَيبٍ، ورَجَع بالنُّقصان، ورَدَّ بِرِضًا لو صار خلًّا.

مُسلِمٌ اشترى عَصيرًا، فتَخمَّر العَصيرُ عندَ الْمُشتَري، أو تَبايَع نَصرانيّان في خمرٍ، فأسلَم مُشتَري الخمرِ: لم يُرَدَّ بالعَيب؛ لأن الرَّدَّ به تَمليكٌ وتَملُّكٌ، ورَجَع بالنُّقصان؛

---

(١) في (هـ): مانعًا.

(٢) في (ج): وكذلك.

لتَعذُّرِ الرَّدِّ لا بصُنعه.

ورَدَّ برِضاه لو صار خلًّا؛ لأن عَينَ الْمَبيعِ قائِمٌ، وإنما تَغيَّر صِفتُه، وامتَنَع الرَّدُّ لحقِّه[1]؛ لأن العَصيرَ يَصلُحُ لأشياءَ لا يَصلُحُ الخلُّ لها.

بخِلاف ما لو رَضِي بأَخذ الخمرِ؛ لأن الامتِناعَ ثَمَّ لحقِّ الشَّرعِ، فلا يَبطُلُ بتَراضي العاقِدَين.

كسْبُ الْمَبيعةِ قبلَ القبضِ: للمُشتَري، تَمَّ العقدُ أو نُقِض بمَوتها قبلَه، أو بالرَّدِّ بخِيار عَيبٍ، أو رُؤيةٍ، ولم يَطِب، ولا قِسطَ له من الثَّمَن.

كسبُ الْمَبيعةِ[2] في البَيع الباتِّ قبلَ القبضِ: مِلكُ الْمُشتَري بكلِّ حالٍ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، تَمَّ العقدُ أو نُقِض بمَوتها قبلَ القبضِ، أو بالرَّدِّ بخِيار عَيبٍ أو رُؤيةٍ؛ لحُصوله في حال قَرارِ مِلكِ الأصلِ للمُشتَري.

وعندَهما: مَوقوفٌ، إن تَمَّ البيعُ فهو للمُشتَري، وإن انتقَض البيعُ بما ذَكَرنا فللبائِع، ككَسب الْمَغصوبِ.

ولم يَطِب: لأنه رِبحٌ حَصَل في ضَمان البائِعِ، ولا قِسطَ له من الثَّمَن؛ لِما مَرّ.

ولو فُسِخ بعَيبٍ، أو رُؤيةٍ.. فما اكتَسَب عندَه: فهو للبائِع، تَمَّ الفسخُ أَوْ لا[س م].

ولو فُسِخ البيعُ بخِيار عَيبٍ أو رُؤيةٍ، فاكتَسَب عندَ الْمُشتَري: فالكسبُ للبائِع، تَمَّ الفسخُ أو ارتَفَع.

وعندَهما: يَتوقَّفُ، إن تَمَّ الفسخُ فكذلك، وإن ارتَفَع فهو للمُشتَري، وصار الْمُشتَري هنا نَظيرَ البائِع ثَمَّ.

---

(١) في سوى (أ): بحقه.

(٢) في حاشية (ب): كسب المبيع.

وإتلافُه بعدَ عِلمِه بالعَيب ليس برِضًا به، بخِلاف الوَلَدِ، وهو[1] يَدورُ معها، والْمَبيعةِ بعدَه، والخِيارُ للبائِع مَوقوفٌ، وطاب الفضل له إن نَقَض، لا للمُشتَري، وإن تَمّ.

وإتلافُ الكسبِ بعدَما عَلِم الْمُشتَري بالعَيب: لا يَكونُ رِضًا به؛ لأنه ليس بجُزءِ من الأَصل، بخِلاف الولَدِ؛ فإنه إذا استَهلَكه يَكونُ رِضًا؛ لأنه جُزؤُه، والولَدُ يَدورُ مع الأصلِ إجماعًا؛ لأن الجُزءَ يَتبَعُ الكلَّ.

وكسبُ الْمَبيعةِ بعدَ القبضِ والخِيارُ للبائِع: مَوقوفٌ عندَهم؛ لأن الخِيارَ وإن مَنَع زَوالَ الْمَبيعِ عن مِلك البائِعِ.. فللمُشتَري فيه سبَبُ الْمِلكِ، فيَتوقَّفُ، إن تَمَّ البيعُ فهو للمُشتَري وإن انتَقَض فهو للبائِع.

وطاب له إن نَقَض؛ لحُصوله في مِلكه، وإن كان في ضَمان الْمُشتَري؛ لأنها مَضمونةٌ بالقِيمة، وذا لا يُنافِي طِيبَ الكسبِ، كمَغصوبةٍ رُدَّت مع كسبِها إلى المالِك يَطيبُ الكسبُ للمالِك، وإن حَصَل في ضَمان الغاصِبِ.

ولا يَطيبُ للمُشتَري وإن تَمَّ البيعُ؛ لحُصوله في مِلك البائِعِ.

وإن أتلَفه البائِعُ، أو الْمُشتَري: لم يَضمَن فيهما.

وإن أتلَفه البائِعُ أو الْمُشتَري: لم يَضمَن فيهما.

أما إذا أتلَفه البائِعُ في الْمَسألة الأُولى: فلا يَضمَنُ عندَ الكلِّ.

أما عندَهما: فظاهِرٌ إذا انتَقَض العقدُ؛ لأنه أتلَف مِلكَ نفسِه، وإن تَمَّ العقدُ فهو مُشكِلٌ على قَولهما؛ لأنه أتلف مِلكَ الْمُشتَري.

وعلى قَوله: مُشكِلٌ بكلِّ حالٍ؛ لأنه أتلَف مِلكَ الْمُشتَري بكلِّ حالٍ، لكنه أتلَفه

---

(١) أي الولد.

في حالٍ لو أتلَف الأصلَ لا يَضمَنُ القِيمةَ، بل يَسقُطُ الثَّمَنُ عن الْمُشتَري، والكسبُ لا حِصّةَ له من الثَّمَن، ولا يُمكِنُ تَضمينُ الكسبِ بالقِيمة؛ لئلا يَكونَ التَّبَعُ مُخالِفًا للأصل.

وأما إذا أتلَفه البائِعُ في الْمَسألة الثّانيةِ: فلا يَضمَنُ أيضًا عندَ الكلِّ، تَمَّ العقدُ أو انتَقَض.

أما إذا انتَقَض: فلأنه أتلَف مِلكَ نفسِه.

وإن تَمَّ البيعُ: فلأنه أتلَف مِلكَ الْمُشتَري في حالٍ لو أتلَف الأصلَ لا يَضمَنُ القِيمةَ، فكذا إذا أتلَف الكسبَ.

وأما إذا أتلَفه الْمُشتَري في الْمَسألة الأُولى: فلا يَضمَنُ بكلِّ حالٍ عندَهم.

أما إذا تَمَّ العقدُ: فلأنه أتلَف مِلكَ نفسِه عندَ الكلِّ.

وإن انتَقَض: فكذلك عندَه، وعندَهما: وإن أتلَف مِلكَ البائِعِ، إلا أنه في حالٍ لو أتلَف الأصلَ لا يَضمَنُ، بل يَتقرَّرُ الثَّمَنُ عليه، فكذا إذا أتلَف الكسبَ.

وأما إذا أتلَفه الْمُشتَري في الْمَسألة الثّانيةِ: فلا يَضمَنُ عندَهم إن تَمَّ العقدُ؛ لأنه أتلَف مِلكَ نفسِه.

وإن انتَقَض العقدُ فكذلك عندَه؛ لأنه أتلَفه في حالٍ كان الأصلُ في يَده مَضمونًا عليه بالقِيمة، وهذا يَمنَعُ ضَمانَ الكسبِ عندَه.

أصلُه: الغاصِبُ إذا أتلَف كسبَ الْمَغصوبِ، ثم رَدَّ الْمَغصوبَ على المالِك.. عندَهما: يَضمَنُ الكسبَ، وعندَه: لا يَضمَنُ.

وعندَهما: يَضمَنُ قِيمةَ الكسبِ إذا انتَقَض العقدُ؛ لأنه أتلَف الكسبَ في حالٍ لو أتلَف الأصلَ يَضمَنُ القِيمةَ، فيَضمَنُ الكسبَ.

والمَبِيعةِ بعدَه[1] والخِيارُ للمُشتَري: مَوقوفٌ[س م]، كما لو اكتَسَبت، أو وَلَدت قبلَه، فقَبَضهما.

وكسبُ الْمَبيعةِ بعدَ القبضِ والخِيارُ للمُشتَري: مَوقوفٌ عندَه؛ لأن خِيارَ الْمُشتَري يَمنَعُ دُخولَ الْمَبيعِ في مِلكه.

وعندَهما: هو مِلكُ الْمُشتَري؛ لحُصوله في حال قَرارِ مِلكِ الأصلِ للمُشتَري.

ولو اكتَسَبت أو وَلَدت قبلَ القبضِ والخِيارُ للمُشتَري، فقَبَضهما الْمُشتَري: فهو مَوقوفٌ عندَهم.

أما عندَه: فللخِيار، وأما عندَهما: فللحُدوث قبلَ القبضِ.

فإن أتلَفه الْمُشتَري: لم يَضمَن فيهما، وضَمِن البائعُ إن تَمّ، وإن نُقِض لا.

فإن أتلَفه الْمُشتَري: لم يَضمَن بكلِّ حالٍ.

أما إذا تَمَّ العقدُ: فلأنه أتلَف مِلكَ نفسِه.

وإن انتَقَض: فكذلك عندَهما، وعندَه: وإن أتلَف مِلكَ البائعِ، لكن في حالٍ لو أتلَف الأصلَ لا يَضمَنُ القِيمةَ، فكذا لا يَضمَنُ الكسبَ.

وإن أتلَف البائعُ: ضَمِن إن تَمَّ العقدُ، وإن نُقِض لا يَضمَنُ؛ لأنه أتلَف مِلكَ نفسِه، وهذا عندَه.

وعندَهما: يَضمَنُ بكلِّ حالٍ؛ لأنه أتلَف مِلكَ الْمُشتَري في حالٍ لو أتلَف الأصلَ يَضمَنُ القِيمةَ، فكذا يَضمَنُ الكسبَ.

الوَطءُ قبضٌ، وتُستَرَدُّ لو بلا أمرٍ، ورَدَّ بعَيبٍ لو نَقَد وقَبَض، وإن مَنَع الوطءُ[ف]

(١) أي وكسب المبيعة بعد القبض.

الرَّدَّ، كالتَّصرِيَةِ[1].

الوطءُ قبضٌ، أي لو وَطِئ الْمُشتراةَ قبلَ القبضِ صار قابِضًا بالوَطء؛ لوُجود الاستِيلاءِ حِسًّا.

ويَستَردُّ البائِعُ لو كان بلا أمره؛ لأنه كان له حقُّ الحبسِ لاستيفاء الثَّمَنِ، فكان له حقُّ الاستِردادِ.

ورَدُّها بعَيبٍ لو نَقَد الثَّمَنَ وقَبَضها من البائِع، وإن كان مُطلَقُ الوطءِ مانِعًا من الرَّدِّ عندَنا بإجماع الصَّحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم[2].

خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ في وَطء الثَّيِّبِ؛ لأنه لا يُوجِبُ نُقصانًا؛ لأن البائِعَ لَمَّا استَردَّها انتَقَض القبضُ، فيَبطُلُ حُكمُ الوطءِ، كما لو حَدَث بها عَيبٌ عندَ الْمُشتَري، فاستَردَّها البائِعُ لأجل الثَّمَنِ: بَطَل حُكمُ ذلك العَيبِ، حتى لا يَكونُ مانِعًا من الرَّدِّ

---

(١) الْمُصرّاة من التصرية، قال أهل اللغة: هي ناقة أو بقرة أو شاة أو نحوها، يربط أخلافها ولا تحلب أيامًا، فيجتمع في ضرعها لبن كثير، فيتوهم المشتري أن هذا اللبن عادتها كل يوم فيشتريها، وهذا الفعل حرام، يقال صَرَّى يصري تصرية فهي مصراة، مثل غذى المرأة يغذيها تغذية فهي مغذاة، وأصل التصرية: الجمع، ومنه قولهم: صريت الماء: أي جمعته. «تحرير ألفاظ التنبيه» ص١٨٣.

(٢) روى ابن أبي شيبة (٢٠٨٨٤) في باب الرجل يشتري الأمة فيطأها ثم يجد بها عيبًا: أن عمر بن الخطاب، قال إن كانت ثيبًا رد نصف العشر، وإن كانت بكرًا رد العشر.

وروى عبد الرزاق (١٤٦٨٥) عن الثوري، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي بن حسين، عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا: كان يقول في الجارية يقع عليها المشتري، ثم يجد بها عيبًا قال: هي من مال المشتري، ويرد البائع ما بين الصحة والداء.

ورواه ابن أبي شيبة (٢٠٨٥٥) بلفظ: لا يردها، ولكن يكسر فيرد عليه قيمة العيب.

وأوردا عقيب حديثيهما عدة آثار عن التابعين في ذلك.

وكذلك روى أثر علي رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ: الإمام محمد في «الحجة على أهل المدينة» ٢/ ٥١٩.

بعَيبٍ آخرَ، كذا هنا.

كالتَّصرِيَة، أي لو اشتَرى شاةً مَشدودةَ الضَّرعِ ليَجتمِعَ لَبَنُها، فظَنَّ أنها غزيرةُ اللَّبنِ، فحَلَبها فوَجَدها قَليلةَ اللَّبنِ: ليس له أن يَرُدَّها عندَنا؛ لوُجود ما يَمنَعُ الرَّدَّ، وهو الزِّيادةُ الْمُنفصِلةُ الْمُتولِّدةُ من الأَصل.

وعندَ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: له أن يَرُدَّها؛ لأن الزِّيادةَ الْمُنفصِلةَ لا تَمنَعُ الرَّدَّ بالعَيب عندَه.

ويَرُدُّ اللَّبَنَ إن كان قائِمًا، وصاعًا من تمرٍ إن كان هالِكًا؛ لأنه مَغرورٌ من جِهة البائِعِ.

ولنا: أنه مُغترٌّ لا مَغرورٌ؛ لأن الانتِفاخَ يَحتمِلُ الغَزارةَ والتَّصريةِ.

ولو وَطِئ البائِعُ قبلَه لا عُقرَ عليه، كراهِنٍ وَطِئ مَرهونةً ثَيِّبًا، ولا خِيارَ للمُشتَري، ولو بِكرًا: سَقَط عنه حِصّةُ البَكارةِ(س م).

ولو وَطِئ البائِعُ قبلَ القبضِ لا عُقرَ عليه عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن الْمُستوفَى بالوَطء في حُكم الجُزءِ، وسائِرُ الأجزاءِ غيرُ مَضمونٍ عليه بضَمان القِيمةِ، فكذا هذا الجُزءُ، ولا يُمكِنُ جعلُه مَضمونًا بالثَّمَن؛ لأنه لا حِصّةَ له من الثَّمَن.

وكذا الرّاهِنُ إذا وَطِئ مَرهونةً ثَيِّبًا لا عُقرَ عليه؛ لأن حقَّ الْمُرتهِنِ في مالِيَّتها، فكانت رَقَبتُها خالِصَ مِلكِ الرّاهِنِ.

ولا خِيارَ للمُشتَري؛ لأنه ليس بعَيبٍ في الثَّيِّب، حتى لو اشتَرى أمةً ثَيِّبًا على أن البائِعَ لم يَطأها، فبان أنه وَطِئها: ليس له أن يَرُدَّها.

ثم عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا لم يَجِب العُقرُ على البائِع يَجِبُ على الْمُشتَري كلُّ الثَّمنِ.

وعندَهما: تَسقُطُ عنه حِصّةُ العُقرِ من الثَّمَن، فيُقسَمُ الثَّمَنُ على قِيمتها وعلى العُقرِ، فما أَصاب العُقرَ يَسقُطُ.

ولو كانت بِكرًا: سَقَط عن الْمُشتَري حِصّةُ البَكارةِ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لا غيرُ.

وعندَهما: يُنظَرُ إلى نُقصان زَوالِ البَكارةِ وإلى العُقر، فيَجِبُ أكثرُهما، ويَدخُلُ الأقلُّ في الأكثَر؛ لتَعذُّر الجمعِ بينَهما؛ لاتِّحاد الْمَضمونِ.

ثم يُقسَمُ الثَّمَنُ على قِيمة الأمةِ ناقِصةً وعلى الأكثَر، فما أَصاب الأكثَرَ يَسقُطُ عن الْمُشتَري من الثَّمَن، ويَلزَمُ الباقِي، حتى لو كانت قِيمةُ الأمةِ ألفًا، والثَّمَنُ ألفًا، والنُّقصانُ مِائةً، والعُقرُ مِائتَين: يُقسَمُ الثَّمَنُ على قِيمتها ناقِصةً -وهي تِسعُمائةٍ- وعلى الأكثَر -وهي مِائتان-، فصار أحدَ عشَرَ سهمًا، يَسقُطُ سَهمان، ويَجِبُ الباقِي.

اشتَرى أمةً وإِحدى عَينَيها بَيضاءُ(س)، أو ثَنِيَّتُها[1] ساقِطةٌ أو سَوداءُ، عالِمًا به، فزال في يَد البائعِ، فعاد: لم يُخيَّر.

ولو اشتَرى أمةً وإِحدى عَينَيها بَيضاءُ، أو ثَنِيَّتُها[2] ساقِطةٌ أو سَوداءُ.. عالِمًا به، فزال في يَد البائعِ، فعاد كما كان: لم يُخيَّر الْمُشتَري؛ لأنه استَحقَّها بالبَيع مَعيبةً بهذه العُيوبِ، وقَبَضها كذلك.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: في عَود بَياضِ العَينِ يُخيَّرُ؛ لأنه لَمّا انجَلى البَياضُ الأوَّلُ بان أنه كان غِطاءً؛ لأن البَياضَ قَلَّما يَزولُ، فإذا تَعيَّب فله الخِيارُ.

فإن انجَلى البَياضُ عندَ الْمُشتَري، وعاد لا بفِعل أَحدٍ: لا يَرُدُّ به، ورَدَّ بغَيره، وإن لم يَعُد: لا، كمَبيعةٍ وَلَدت لا تُرَدُّ(ف) بعَيبٍ، ولو مات تُرَدُّ.

فإن قَبَضها الْمُشتَري بَيضاءَ العَينِ، فانجَلى البَياضُ عندَ الْمُشتَري، وعاد البَياضُ لا

---

(١) الثنية: لواحدة الثنايا، وهي الأسنان المتقدمة، اثنتان فوق واثنتان أسفل؛ لأن كلًّا منهما مضمومة إلى صاحبتها. «المغرب» ص٧١.

(٢) في (ب) و(د) و(و): سنها.

بِفِعل أحدٍ: لا تُرَدُّ به، وتُرَدُّ بعَيبٍ آخرَ قَديمٍ.

وإن لم يَعُد البَياضُ لا تُرَدُّ بالقَديم؛ لأن حُدوثَ الزِّيادةِ في يَده مانِعةٌ من الرَّدِّ، فإذا عاد زال المانِعُ من الرَّدِّ بالعَيب القَديمِ.

وهذا كمَبيعةٍ وَلَدت في يَد الْمُشتَري لا تُرَدُّ بعَيبٍ عندَنا، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ولو مات الولَدُ تُرَدُّ.

ولو عاد بِفِعل الْمُشتَري: لا، حتى يَرضى البائِعُ، وبِفِعل غيرِه: لا مُطلَقًا، ورَجَع بالنُّقصان.

ولو عاد البَياضُ بفِعل الْمُشتَري: لا تُرَدُّ[1]؛ لأن الزِّيادةَ قائِمةٌ حُكمًا؛ لأنه حَبَس جُزءًا منها، حتى يَرضى البائِعُ؛ لأن امتِناعَ الرَّدِّ لحقِّ البائِعِ.

وإن كان بِفِعل غيرِه: لا تُرَدُّ؛ لأن الزِّيادةَ قائِمةٌ حُكمًا؛ حيث غَرِم الأَرْش، ولكن يَرجِعُ بالنُّقصان.

وإن رَضِي البائِعُ لا تُرَدُّ أيضًا؛ لأن امتِناعَ الرَّدِّ لحقِّ الشَّرعِ باعتِبار الزِّيادةِ.

أثمَر النَّخلُ عندَه، فهَلَك: رُدَّ بعَيبٍ، وإن أكَل لا.

اشتَرى نَخيلًا، فأثمَرت عندَه، فهَلَك الثَّمرُ بآفةٍ سَماويّةٍ: يُرَدُّ بالعَيب، وإن أكَله البائِعُ: لا يُرَدُّ بالعَيب.

غَصَبها بَيضاءَ العَينِ، فانجَلى، فعاد، فرُدَّ: لا يَضمَنُ، كعَود الحُمّى[2] بسَبَبٍ مُتَّحِدٍ، وإلا ضَمِن النُّقصانَ، كالحَبَل.

(١) في (ج) و(د): لا ترد بعيب.

(٢) الحُمّى: فُعلى، غير منصرفة لألف التأنيث، والجمع حُمَّيَات، وأحمه الله -بالألف- من الحُمّى فحم هو، بالبناء للمفعول، وهو محموم. «المصباح» ١/ ١٥٢.

غَصَب أمةً بَيضاءَ العَينِ، فانجَلى البَياضُ في يَده، ثم عاد البَياضُ، فرَدَّها: لم يَضمَن شيئًا؛ لأنه رَدَّها كما غَصَب.

كما لو غَصَب أمةً بها حُمَّىٰ، فزالت الحُمّى ثم عادت والسَّبَبُ مُتَّحِدٌ، فرَدَّها: لا يَضمَنُ؛ لأنها عَينُ الأولى، وإن كانت الثّانيةُ بسبَبٍ آخرَ: ضَمِن النُّقصانَ؛ لأنها غيرُ الأُولى.

كالحَبَل، أي لو غَصَب أمةً حامِلًا، فوَلَدت، ثم حَبِلت عندَ الغاصِبِ، فرَدَّها: ضَمِن نُقصانَ الحبَلِ؛ لأن الحبَلَ الثّانيَ بسبَبٍ آخرَ، فكان غيرَ الأوَّلِ.

اشتَراها بَيضاءَ العَينِ عالِمًا به، فانجَلى، ووَلَدت، وقِيمةُ كلٍّ ألفٌ: قُسِم الثَّمَنُ بينَهما نِصفَين، والْمَدفوعُ بعَينِها، كالوَلَد، تُعتبرُ قِيمتُهما يومَ القبضِ، فيُقسَمُ الثَّمَنُ على قِيمتهم.

اشتَرى أمةً بَيضاءَ العَينِ عالِمًا به، وقِيمتُها ألفٌ، فانجَلى البَياضُ عندَ البائِعِ، وصارت قِيمتُها ألفَين، فوَلَدت ولَدًا قِيمتُه ألفٌ، ثم قَبَضهما الْمُشتَري: يُقسَمُ الثَّمَنُ بينَهما نِصفَين، اعتِبارًا لِقيمة الأُمِّ يومَ العقدِ، ولِقيمة الولَدِ يومَ القبضِ.

والْمَدفوعُ بعَينِها كالوَلَد.. يُعتبرُ قِيمتهما[1] يومَ القبضِ.

أي إن ضَرَب عبدٌ عَينَها في يَد البائِعِ، وعاد البَياضُ، فدُفِع بعَينِها[2]، ثم قَبَض الكلَّ: يُقسَمُ الثَّمَنُ على قَدْر قِيمتِهم، تُعتبرُ قِيمةُ الأُمِّ يومَ العقدِ، وقِيمةُ الولَدِ والْمَدفوعِ يومَ القبضِ.

ولو كانَت سَليمةً يومَ العقدِ، فوَلَدت، ودُفِع عبدٌ بعَينِها، وقُبِض الكلُّ: قُسِم بينَ

(١) في (ب) و(د) و(و): قيمتها.

(٢) في (ر): بعيبها.

الأمُّ والوَلَدِ، ثُمَّ بينَها وبينَ العبدِ، نِصفَين، قَلَّت قِيمتُه أو كَثُرت.

ولو كانت سَليمةً يومَ العقدِ، فوَلَدت ولَدًا، وضَرَب عبدٌ عَينَها، وابيَضَّت، ودُفِع العبدُ بعَينِها[1]، وقَبَض الكلَّ: يُقسَمُ الثَّمَنُ بينَ الأُمِّ والولَدِ، فما أَصاب الأُمَّ يُقسَمُ بينَها وبينَ العبدِ المَدفوعِ نِصفَين، قَلَّت قِيمتُه أو كَثُرت.

لأن العبدَ هنا قام مَقامَ العَينِ، والعَينُ كانت أصلًا؛ لأنها استُحِقَّت بالعَقد، فكان حُكمُها حُكمَ نِصفِ الأمةِ؛ إذ العَينُ من الآدَميِّ نِصفُه، والعَينُ ثَمَّ كانت زِيادةً؛ لأنها غيرُ مُستحَقَّةٍ بالعَقد، فكانت كالوَلَد.

وعَشَرةَ أثوابٍ على أن خَمسةَ مُلاءٍ[2] سباعيَّةٌ[3]، وخَمسةَ شِقاقٌ[4]، فوَجَد سِتَّةَ شِقاقًا قبلَ قبضِها: رَدَّ الكلَّ أو قَبَضه، وبعدَه رَدَّ شُقّةً بحِصّتها، وتَعيينُها إليه[س].

ولو اشتَرى عشَرةَ أثوابٍ على أن خَمسةً منها مُلاءٌ سِباعيّةٌ[5]، وخَمسةً منها شِقاقٌ، فوَجَد سِتَّةَ شِقاقًا قبلَ قبضِها: رَدَّ الكلَّ، أو قَبَض الكلَّ بكلِّ الثَّمَنِ، وبعدَ القبضِ رَدَّ

(١) في (ب): بعيبها.

(٢) مُلاء: جمع مُلاءة، قال أرباب اللغة: كل ثوب لم يكن لفقين -قطعتين- فهو مُلاء. «المستعذب» ١/ ١٢٩. وهو الجلباب، قال النووي في «تحرير ألفاظ التنبيه» ص٥٧: الجلباب بكسر الجيم: هو الملاءة التي تلتحف بها المرأة فوق ثيابها.

(٣) كذا في الأصول، وفي (ع): ساعته، ولعل الصواب: سباغية، يقال: سَبَغ الثوبُ سُبُوغًا من باب قعد: تم وكمل، وسبغت الدرع وكلُّ شيء: إذا طال من فوق إلى أسفل. «المصباح» ١/ ١٦٤. فالمراد هنا الملاءة ذات القطعة الواحدة، وتسمى أيضًا ريطة.

(٤) جمع شُقة، قال ابن قتيبة: إذا كانت الملاءة واحدةً: فهي ريطة، فإذا كانت نصفًا: فهي شقة، والجميع: شُقَق وشِقاق. «شمس العلوم» ٦/ ٣٣٢٠.

(٥) كذا في الأصول.

شُقّةً واحِدةً -أيَّ شُقّةٍ شاء- بحِصّتها من الثَّمَن؛ لأن فَواتَ الْمَشروطِ كالعَيب، وفي العَيب إن كان قبلَ القبضِ رَدَّ الكلَّ أو أمسَك الكلَّ، وبعدَ القبضِ رَدَّ البعضَ دونَ الكلِّ، فكذا هنا.

وتَعيينُها إليه؛ لأن الرَّدَّ حقُّ الْمُشتَري، ولا يَتوصَّلُ إلى الرَّدِّ إلا[1] بالتَّعيين، فكان التَّعيينُ إليه.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: التَّعيينُ إلى البائِع؛ لأن تَسليمَ الْمَبيعِ على الوَصف الْمَشروطِ عليه.

فلو عَيَّن شُقّةً: صح، فلو هَلَكت، أو تَعيَّبت: لم يَرُدَّ غيرَها، ورَجَع بالنُّقصان.

فلو عَيَّن شُقّةً للرَّدِّ صَحّ، فلو هَلَكت تلك أو تَعيَّبت[2]: لم يَرُدَّ غيرَها، ورَجَع بنُقصان العَيبِ.

وقَفيزًا من صُبرةٍ، فتَعيَّبت[3] إلا قَفيزًا: تَعيَّن مَبيعًا.

ولو اشتَرى قَفيزًا من صُبرةٍ، فتَعيَّبت إلا قَفيزًا: تَعيَّن مَبيعًا؛ لأن تَسليمَ الْمَبيعِ واجِبٌ على البائِع، ولا يُمكِنُه تَسليمُ الْمَعيبِ، فتَعيَّن السَّليمُ ضَرورةً.

ولو تَعيَّبت[4] الشِّقاقُ إلا واحِدةً: لم تَتعيَّن للرَّدّ.

ولو تَعيَّبت الشِّقاقُ إلا واحِدةً: لم تَتعيَّن هذه الواحِدةُ للرَّدّ؛ لأن الرَّدَّ حقُّ الْمُشتَري، والتَّعيينَ إليه، فلا تَتعيَّنُ إلا بتَعيينه.

---

(١) سقطت من (و) و(هـ).

(٢) في (و) و(هـ): تعينت.

(٣) في (ع): فتعينت.

(٤) في (ع): تعينت.

وعَشَرَ إماءٍ على أن خمسًا أبكارٌ، وخمسًا ثُيَّبٌ، فوَجد سِتًّا ثُيَّبًا: فهو كما مرّ.

وعبدًا على أن به عَيبًا لم يُعيِّنه: صحّ، ولا يُرَدُّ بعَيبٍ، وإن زاد: رُدّ، وإن تَعيَّب: رَجَع بالنُّقصان، فيُقوَّمُ وبه عَيبٌ يُعيِّنُه الْمُشتَري، ويُقوَّمُ وبه العَيبان.

ولو اشتَرى عشرَ إماءٍ على أن خمسًا منها[1] أبكارٌ، وخمسًا[2] منها ثُيَّبٌ، فوَجد سِتًّا ثُيَّبًا: فهو كما مرّ.

ولو اشتَرى عبدًا على أن به عَيبًا، ولم يُعيِّنه: صَحَّ العقدُ والشَّرطُ؛ لأن جَهالةَ العَيبِ لا تَمنَعُ صِحّةَ الإبراءِ؛ لأنه إسقاطٌ، فإن وَجد به عَيبًا واحِدًا لا يَرُدُّ به، ولَزِمه بحُكم الشَّرطِ، وإن زاد رَدّ؛ لعَدَم البَراءةِ عن الزّائِد.

وإن تَعيَّب عندَه رَجَع بالنُّقصان، فيُقوَّمُ وبه عَيبٌ يُعيِّنُه الْمُشتَري، ويُقوَّمُ وبه العَيبان، فيَرجِعُ بفَضل ما بينَ ذلك من الثَّمَن.

وكذا عَبدَين على أن بأحَدهما عَيبًا، ولو وَجد بهما: رَدَّ أيًّا شاء.

وكذا لو اشتَرى عَبدَين على أن بأحَدهما عَيبًا، فوَجد بأحَدهما عَيبًا: لم يَرُدَّه، ولو وَجد عَيبًا آخرَ رَدَّه.

ولو وَجد بهما عَيبًا: رَدَّ أيًّا شاء؛ لأن عَيبَ أحدِهما مُوجِبٌ للرّدّ، وخِيارُ التَّعيينِ إليه.

ولو قَبَض أحَدَهما عالِمًا به.. إن عَلِم بعَيب الآخَرِ: صار راضِيًا، وإلا لا.

هذا إذا وَجد العَيبَ بهما بعدَ القبضِ، ولم يَعلَم به وقتَ القبضِ، ولو قَبَض أحَدَهما عالِمًا به.. إن عَلِم بعَيب الآخَرِ: صار راضِيًا، وإلا لا، وقبلَ القبضِ رَدَّهما أو قَبَضهما؛ تَفادِيًا عن التَّفريق.

(١) في (ب) و(هـ): منهنَّ.

(٢) في (أ) و(د): أو خمسًا.

وعَبدَين على أنه بريءٌ عن كلِّ عَيبٍ بهما، فاستُحِقَّ أحَدُهما، وعَلِم بعَيب الآخَرِ: قُسِم عليهما صَحيحَين، ورَجَع بحِصّة المُستحَقِّ.

وعَشرةً على أن خَمسةً منها لا عَيبَ بها، وعلى أن البائعَ بريءٌ عن ثَلاثة عُيوبٍ بكلِّ ثَوبٍ من الخَمسة الأُخرى: صحّ.

فلو وَجَد سِتّةً مَعيبةً، أو أربَعةً في واحِدٍ: رَدَّ واحِدًا منها.

ولو اشتَرى عَبدَين على أنه بَريءٌ عن كلِّ عَيبٍ بهما، فقَبَضهما، واستُحِقَّ أحَدُهما، وعَلِم بعَيب الآخَرِ: قُسِم الثَّمَنُ عليهما صَحيحَين، ورَجَع بحِصّة المُستحَقِّ.

ولو اشتَرى عشرةَ أثوابٍ على أن خَمسةً منها لا عَيبَ بها، وعلى أن البائِعَ بَريءٌ عن ثَلاثة عُيوبٍ بكلِّ ثَوبٍ من الخَمسة الأُخرى: صَحّ، فلو وَجَد سِتّةً مَعيبةً رَدَّ واحِدًا منها أيًّا شاء؛ لعَدَم البَراءةِ عن السّادِس.

وكذا إن وَجَد أربَعةً في واحِدٍ من الخَمسة؛ لعَدَم البَراءةِ عن العَيب الرّابع.

ما مَنَع البيعَ مَنَع الرَّدَّ.

ما مَنَع البيعَ، كالكِتابة ونحوِها: مَنَع الرَّدَّ بالعَيب؛ لأن في البَيع نقْلَ المِلكِ بعِوَضٍ، كما في الرَّدِّ بالعَيب.

مُكاتَبٌ اشتَرى أَباه، أو ابنَه، أو أُمَّ وَلَدِه، ووَلَدَها منه، أو عبدًا، فكاتَبه: لا يَرُدُّ بعَيبٍ، ولا يَرجِعُ، وفي أُمِّ وَلَدِه رَجَع، ورَدَّ بعَجزه.

مُكاتَبٌ اشتَرى أَباه، أو ابنَه، أو أُمَّ ولَدِه ووَلَدَها منه، أو عبدًا، فكاتَبه، ثم وَجَد بهؤلاء عَيبًا: لا يَرُدُّ بعَيبٍ؛ لأن الكِتابةَ أو أُمّيّةَ[1] الولَدِ تَمنَعُ البيعَ، فتَمنَعُ الرَّدَّ بالعَيب.

---

(١) في (ب): أمومية.

ولا يَرجِعُ بنُقصانِ العَيبِ في الكِتابة؛ لأن الأصلَ هو الرَّدُّ، والرُّجوعُ بالنقُّصان بدَلٌ عنه، والرَّدُّ مَرجوٌّ بانفِساخ الكِتابةِ.

وفي أُمِّ ولَدِه: رَجَع بنُقصان العَيبِ؛ لتَحتُّم المانِعِ من الرَّدِّ.

ورَدَّ بعَجزِه؛ أي إن عَجَز الْمُكاتَبُ الأَعلى حتى صار الكلُّ رَقيقًا، وعاد حقُّ الرَّدِّ بالعَيب بزَوال المانِعِ من الرَّدِّ: فالْمُكاتَبُ هو الذي يَلي الرَّدَّ؛ لأنه العاقِدُ، وحُقوقُ العقدِ تَرجِعُ إلى العاقِد، والرَّدُّ بالعَيب من حُقوق العقدِ.

وإن بِيعَ، أو مات: رَدَّ سَيِّدُه، كوَكيلٍ مات رَجَع الحُقوقُ إلى مُوكِّله.

وإن باعه الْمَولى بعدَ عجزِه، أو مات الْمُكاتَبُ: فالرَّدُّ لسَيِّده، كالوَكيل بالبَيع إذا مات، فإن الحُقوقَ تَرجِعُ إلى مُوكِّله.

وصَحَّ إبراؤُه عن عَيبه قبلَ عجزِه، وإبراءُ سَيِّدِه في أَبيه وابنِه، كإِعتاقه.

وصَحَّ إبراءُ الْمُكاتَبِ عن العَيب قبلَ عجزِه؛ لأن صِحّةَ الإبراءِ تَعتمِدُ قِيامَ الحقِّ، وحقُّ الرَّدِّ قائمٌ، إلا أنه امتنَع الاستِيفاءُ لمانِعٍ، فصار كالإِبراء عن الدَّين الْمُؤجَّلِ.

وصَحَّ إبراءُ سَيِّدِه في أَبيه وابنِه[1]؛ لدُخولهما تحتَ كِتابتِه، كما صَحَّ إعتاقُه.

لا في عَبده، وأُمِّ وَلَدِه، كإِعتاقه، ولم يَنفُذ بعَجزه ما لم يُجدِّده.

ولو أَبرَأ في عَبده وأُمِّ[2] ولَدِه: لا يَصِحُّ، كما لا يَصِحُّ إعتاقُه؛ لأن الْمِلكَ فيهما للمُكاتَب دونَ الْمَولى.

ولم يَنفُذ ذلك الإبراءُ بعَجزه؛ لوُقوعه باطِلًا، ما لم يُجدِّد الإبراءَ بعدَ العجزِ، فحيَنئذٍ يَصِحُّ؛ لقِيام الْمِلكِ بعدَ العجزِ.

(١) في (ج) و(د): أو ابنه.

(٢) في (د): أو أم.

وكذا إن حَرَّر كسْبَه، فعَجَز، أو عبْدَ مُورِّثه، أو أبرَأ عن عَيبه، فورِثه.

وكذا إن حَرَّر كسبَ الْمُكاتَبِ، فعَجَز، أو حَرَّر عبدَ مُورِّثه حالَ حَياتِه، أو أبرَأ بائِعَ مُورِّثه عن العَيب، ثم مات الْمُورِّثُ، فورِثه: لا يَنفُذُ ذلك؛ لِما بَيَّنّا.

مُكاتَبٌ باع عبدَه من سَيِّده، وعَجز، وعَلِم بعَيبٍ: لا[1] يَرُدُّه.

مُكاتَبٌ باع عبدَه من سَيِّده، وعَجز، فعَلِم سَيِّدُه به عَيبًا: لا يَرُدُّه؛ لأنه لا يُفيدُ.

وكذا لو باع عبدًا من مُورِّثه، ومات، وبعَكسه رَدَّه، ونُصِب وَصِيٌّ، فرَدَّه عليه، ورَدَّ هو على بائِعه.

وكذا لو باع عبدًا من مُورِّثه، ومات مُورِّثُه، فورِثه البائعُ: لا يَرُدُّ؛ لأنه لو رَدَّ لرَدَّ على نَفسه.

ولا يَرُدُّ على البائِع الأوَّلِ في الْمَسألتَين؛ لِقيام الواسِطةِ المانِعةِ، وهو بيعُ الْمُكاتَبِ، وبيعُ الابنِ من الأَب.

وبعَكسه رَدَّه؛ لأنه مُفيدٌ، ولا يَستَحيلُ وُجوبُ الدَّينِ للوارِث على مُورِّثه، ويَستَحيلُ وُجوبُ الدَّينِ للمُورِّث على الوارِث إذا لم يكن له وارِثٌ آخرُ سِواه، ونُصِب وَصِيٌّ عن الميْت، فيَرُدُّ الوارِثُ عليه.

فإن قِيل: إنه يَرجِعُ في تَرِكة أبيه، وهي سالِمةٌ له.

قُلنا: تَسلَمُ له اقتِضاءً بدَينه لا إرثًا، وفيه فائِدةٌ بأن لا يُزاحِمَه وارِثٌ آخرُ، أو غَريمٌ لو ظَهَر.

وإذا صَحَّ الرَّدُّ على الوَصِيِّ فهو يَرُدُّ على البائِع الأوَّلِ، ويَأخُذُ الثَّمنَ منه، ويَدفَعُه

---

(١) سقطت من (ف).

إلى الوارث.

مَديونٌ باع عبدَه من سَيِّده، وعَلِم بعَيبٍ، والثَّمَنُ مَنقودٌ، أو دَينٌ: لا يَرُدُّه، وإلا رَدّ، ورَدَّ قبلَ القبضِ مُطلَقًا، كخِيار الشَّرطِ والرُّؤيةِ.

عبدٌ مَأذونٌ مَديونٌ، باع عبدَه من سَيِّده بمِثل قِيمتِه، وقَبَضه، فعَلِم الْمَولى بعَيبٍ في العَبد.. فإن كان الثَّمَنُ مَنقودًا، وكان[1] دَينًا، بأن كان دَراهِمَ، أو دَنانيرَ، أو مَكيلًا، أو مَوزونًا، غيرَ عَينٍ، أو كان عَرَضًا، لكنه هَلَك في يَد العبدِ حتى صار دَينًا: لا يَرُدُّه؛ لأنه لو رَدَّه لرَدَّه مَجّانًا؛ إذ الْمَولى لا يَستوجِبُ على عَبده دَينًا، مَديونًا كان أو غيرَ مَديونٍ.

وإلا رَدّ، أي وإن لم يكن الثَّمَنُ مَنقودًا، أو كان مَنقودًا ولكنه عَرْضٌ قائِمٌ في يَد العبدِ: رَدَّه.

أما إذا لم يكن مَنقودًا: فلأنه يَدفَعُ بهذا الرَّدِّ مُطالَبةَ الْمَأذونِ عن نَفسه؛ لأنه يَجوزُ[2] أن يَكونَ للمَأذون الْمَديونِ دَينٌ على الْمَولى.

وأما في العَرْض القائِمِ في يَده: فلأنه يَستردُّ العَينَ إلى يَده، وليس فيه إيجابُ دَينٍ على العَبد، ويَجوزُ أن يَكونَ للمَولى في يَد عبدِه الْمَأذونِ شيءٌ يَملِكُ استِردادَه.

ورَدَّ قبلَ القبضِ مُطلَقًا، أي في الوُجوه كلِّها؛ لأن الصَّفْقةَ لم تَتِمَّ قبلَ القبضِ، فكان الرَّدُّ قبلَ القبضِ امتِناعًا عن إتمام الصَّفْقةِ، فكان كالرَّدِّ بخِيار الشَّرطِ والرُّؤيةِ، وذا يَصِحُّ بكلِّ حالٍ.

وهذا لأن الرَّدَّ قبلَ القبضِ فسخٌ محضٌ لا[3] يَفتقِرُ إلى القَضاء؛ إذ لا إلزامَ فيه،

---

(١) في (د) و(هـ): أو كان.

(٢) في (و): لا يجوز.

(٣) في (ب): لأنه.

وبعدَ القبضِ قد تَمَّت الصَّفْقةُ؛ لثبوت مِلكِ الرَّقَبةِ واليدِ، فكان الرَّدُّ نقضًا[1] للعَقد الذي تَمَّ بتَراضِيهما، فلا يَصِحُّ إلا بالقَضاء، والقاضِي لا يَشتغِلُ بما لا يُفيدُ.

ولأن الفائِتَ وصفٌ لا قِسطَ له من الثَّمَن قبلَ القبضِ، وإنما يَأْخُذُ قِسطًا من الثَّمَن إذا صار مَقصودًا بالإمساك عندَ قبضِ الْمُشتَري.

صالَح من عَيبٍ على شيءٍ قبلَ القبضِ: قُوبِل الثَّمَنُ بهما، وبعدَه حِصّةُ العَيبِ تُقابِلُه، وصحَّ رِضا الوَكيلِ به قبلَ القبضِ، لا بعدَه، ولَزِمه.

حتى لو اشتَرى عبدًا، فوَجَد به عَيبًا، فصالَح من عَيبه على أمةٍ قبلَ القبضِ: لم تكن الأمةُ عِوَضًا عن العَيب، بل كانت زِيادةً في أَصل البيعِ، حتى كان الثَّمَنُ مُنقسِمًا على الأَمة والعبدِ على قَدْر قِيمتِهما، حتى لو وَجَد بأحَدهما عَيبًا رَدَّه بحِصّته من الثَّمَن.

ولو كان الصُّلحُ بعدَ القبضِ: كانت الأمةُ عِوَضًا عن العَيب، حتى لو وَجَد بها عَيبًا: رَدَّها بحِصّة العَيبِ من الثَّمَن، وكذا الوَكيلُ بالشِّراء إذا رَضِي بالعَيب قبلَ القبضِ: صَحّ، ولَزِم الْمُوكِّلَ.

ولو رَضِي به بعدَ القبضِ لا يَصِحُّ، ولَزِم الوَكيلَ؛ لأن قبلَ القبضِ لم يَجِب للعَيب[2] حِصّةٌ من الثَّمَن على البائِع، وبعدَ القبضِ وَجَب حِصّةُ العَيبِ على البائِع، فبَطَل إسقاطُه في حقِّ الْمُوكِّلِ.

باع عبدًا، ووَهَب ثَمَنَه، أو أبرَأه: رَدَّ قبلَ قبضِه بعَيبٍ، لا بعدَه.

باع عبدًا، ووَهَب ثَمَنَه للمُشتَري، أو أبرَأه، ثم وَجَد عَيبًا: رَدَّ قبلَ قبضِه بالعَيب؛ لأنه فسخٌ محضٌ، لا بعدَه؛ لأنه لا يُفيدُ.

---

(١) في (ب) و(ج) و(و): بقضاء.

(٢) في (و): لم تجب للعبد.

مُكاتَبٌ اشتَرى أمةً، فحاضَت، فعَجَز.. إن دَخَل في كِتابته: لا يَجِبُ الاستِبراءُ، وإلا وَجَب(س م).

مُكاتَبٌ اشتَرى أمةً، فحاضت، فعَجَز.. إن دَخَلت في كِتابته: لا يَجِبُ الاستِبراءُ، وإلا وَجَب.

اعلَم أن الْمُكاتَبَ إذا اشتَرى أمةً وقَبَضها، فحاضت عندَه حَيضةً، فعَجَز: لا يَطَؤُها الْمَولى حتى يَستبرِئها؛ لأن الْمَولى إنما مَلَكها بعدَ عجزِ الْمُكاتَبِ؛ لأن مِلكَ الحِلِّ كمِلك[1] التَّصرُّفِ، والْمُكاتَبُ هو الْمُستبِدُّ بالتَّصرُّف في كَسبه قبلَ العجزِ، وإنما يَملِكُ الْمَولى التَّصرُّفَ بعدَ عجزِ الْمُكاتَبِ، فلذا لَزِم استِبراءٌ جَديدٌ.

ولو مَلَك الْمُكاتَبُ أُمَّه أو بِنتَه، ثم عَجَز: لا يَستبرِئُها الْمَولى إذا حاضت عندَ الْمُكاتَبِ؛ لتكاتُبها عليه، ومن دَخَل في كِتابته فهو مَملوكٌ للمَولى، حتى يَنفُذُ عِتقُه فيه، كما يَنفُذُ في الْمُكاتَبة، فكما أن الْمُكاتَبةَ إذا عَجَزت لا يَستبرِئُها الْمَولى.. فكذا لا يَجِبُ عليه الاستِبراءُ متى صارت مُكاتَبةً معه.

ولو مَلَك الْمُكاتَبُ أُختَه أو ذاتَ رَحِمٍ مَحرَمٍ منه: يَستبرِئُها الْمَولى بعدَ العجزِ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، كما في الأجنَبيّة؛ لأنها لا تَتكاتَبُ عليه عندَه.

وعندَهما: لما تَكاتَبت عليه صارت[2] كأُمِّه وبِنتِه.

باع عبدًا على أنه خَبّازٌ، أو كاتِبٌ، أو أمةً على أنها بِكرٌ، أو تمرًا فارِسيًّا، أو نَعْجةً، فوُجِد بخِلافه: صحّ، وخُيِّر.

باع عبدًا على أنه خَبّازٌ أو كاتِبٌ، أو أمةً على أنها بِكرٌ، أو تمرًا على أنه فارِسيٌّ، أو

(١) في (و): لأن من ملك الحل يملك.

(٢) في (ب): صارت مكاتبة.

قَوصَرَّةَ تمرٍ فارِسيٍّ على أنها جَيِّدٌ(١)، أو شاةً على أنها نَعجةٌ، أو على أنها كبشٌ، فوُجِد بخِلافه، أي وُجِد غيرَ خبّازٍ، وغيرَ كاتِبٍ، وغيرَ بِكرٍ.. باعتِراف البائِعِ، أو دَقَلًا، أو رَدِيًّا، أو كبشًا، أو نَعجةً: صَحَّ العقدُ.

والأصلُ: أن كلَّ شرطٍ يَرجعُ إلى بَيان صِفةِ الثَّمَنِ أو الْمُثمَنِ، أو الاستيثاقِ: لا يُفسِدُ؛ لكَونه مُلائِمًا، كاشتِراط صِفةِ السَّلامةِ.

بخِلاف ما لو اشتَرى حيَوانًا على أنه حامِلٌ؛ حيث لا يَجوزُ، مع أنه شرطٌ مَرغوبٌ؛ لأنه شَرَط عَينًا لا يُدرى وُجودُه وحَياتُه، والأعيانُ يُقابِلُها(٢) البدَلُ، فجَهالتُها تَمنَعُ جَوازَ العقدِ، أما هذا: فاشتِراطُ وصفٍ، والأوصافُ لا يُقابِلُها البدَلُ، فاشتِراطُها لا يَمنَعُ صِحّةَ العقدِ.

وعن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَجوزُ.

وفي اشتِراطه في الجَواري اختِلافُ الْمَشايخِ رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ.

ويُخيَّرُ؛ لفَوات الوصفِ الْمَشروطِ، وما رَضِي به دونَه.

وإذا أخَذه أخَذه بكلِّ الثَّمَنِ؛ لأن الأوصافَ لا يُقابِلُها شيءٌ من الثَّمَن؛ لأنها تابِعةٌ للذّات، فلا تُعارِضُ الأصلَ.

وكذا لو اشتَرى أمةً، فوَجَدها مُحترِقةَ الوجهِ لا يَستَبينُ جمالُها: صَحَّ العقدُ، ويُخيَّرُ؛ لِما مَرّ.

فلو تَعيَّب(٣) رَجَع، فيُقَوَّمُ غيرَ مَوصوفٍ، ومَوصوفًا بأَدنى ما يُطلَقُ عليه الاسمُ،

(١) في (ب) و(هـ): جيدة.

(٢) في (و): لا يقابلها.

(٣) في (ع): بيعت.

فهو الْمُستحَقُّ[1]، فإن تفاوَت بالعُشر رَجع بعُشر الثَّمنِ.

فلو تَعيَّب عندَه بعَيبٍ رَجع بنُقصان العَيبِ، فيُقوَّمُ غيرَ موصوفٍ ومَوصوفًا بأدنى ما يَنطلِقُ عليه الاسمُ؛ لأن الْمُستحَقَّ هو الأدنى، فإن كان التَّفاوُتُ بالعُشر رَجع بعُشر الثَّمنِ.

والقولُ للمُشتَري في الكِتابة، وللبائِع في البَكارة، وتُرى النِّساءَ، فإن قُلْنَ (بِكرٌ): لَزِمت بلا حَلِفٍ[2]، وإن قُلنَ (ثَيِّبٌ): لا يُفسَخُ إلا بنُكول[س] البائِعِ.

والقولُ للمُشتَري في الكِتابة، وللبائِع في البَكارة، أي لو قال الْمُشتَري: (لم أجِده كاتِبًا)، وقال البائِعُ: (إنه نَسِي)، أو (هو كما شَرطتُ): فالقولُ للمُشتَري؛ لتَمسُّكه بالأَصل؛ إذ الأصلُ عدمُ العِلمِ بالكِتابة والخَبزِ.

ولو قال الْمُشتَري: (لم أجِد الأمةَ بِكرًا)، وقال البائِعُ: (ذَهبت البَكارةُ عندَك): فالقولُ للبائِع مع يَمينِه؛ لتَمسُّكه بالأَصل.

وتُرى النِّساءَ لو اختَلَفا قبلَ القبضِ، فإن قُلنَ: (بِكرٌ) لَزِمت الْمُشتَري بلا حَلِفٍ؛ لتَأيُّد شَهادتِهنَّ بالأَصل، وإن قُلنَ: (ثَيِّبٌ) لا يُفسَخُ إلا بنُكول البائِعِ؛ لأن الفسخَ حُكمٌ قويٌّ، فلا يَثبُتُ بشَهادةٍ ضَعيفةٍ.

وعن[3] أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يُفسَخُ بقَولهنّ؛ لأن شَهادتَهنَّ تُقبَلُ فيما لا يَطَّلِعُ عليه الرِّجالُ.

باع قَوصَرّتَي[4] تمرِ فارِسيٍّ، وعَبدَين خَبّازَين، وأمتَين بِكرَين، ونَعْجتَين، وعَبدَين

(١) في (س) و(ع): المستحق عليه.

(٢) في (ف): خلاف.

(٣) في (ب): وعند.

(٤) القوصَرّة بالتثقيل والتخفيف: وعاء التمر، يتخذ من قصب. «المصباح» ٢/ ٥٠٥.

طَخارِيَّين[1]، فوُجِد أحدُهما بخِلافه: قَبَضهما بكلِّه أو رَدَّهما، وبعدَه رَدَّه بحِصَّته.

ولو باع قَوصَرّتَي تمرٍ على أنهما فارِسيّان، فوَجَد أحَدَهما دَقَلًا، أو عَبدَين على أنهما خَبّازان، فوَجَد أحَدَهما غيرَ خبّازٍ، أو أمتَين بِكرَين، فوَجَد إحداهما غيرَ بِكرٍ، أو نَعجتَين، فوَجَد أحَدَهما كبشًا، أو عَبدَين طَخارِيَّين[2]، فوَجَد أحَدَهما سِنديًّا، أو طَيلَسانَين على أنهما طِرازيّان[3]، فوَجَد أحَدَهما خُوارِيًّا[4].. إن كان قبلَ القبضِ: قَبَضهما بكلِّ الثَّمَنِ أو رَدَّهما، ولا يَرُدُّ غيرَ الْمَشروطِ فقط؛ لأن فيه تَفريقَ الصَّفْقةِ قبلَ التَّمامِ، وإن كان بعدَ القبضِ: رَدَّه بحِصّته؛ لتَمام العقدِ بالقَبض، واللهُ أعلَمُ.

---

(١) في نسخة على هامش (ف): بخاريين.

قال في «المغرب» ص٢٨٨: طخاري: منسوب إلى طخارستان، وقد يقال طخيرستان، وهو بلد معروف. انتهى.

وقال في «معجم البلدان» ٤/ ٢٣: طَخارستان: بالفتح وبعد الألف راء ثم سين ثم تاء مثناة من فوق، ويقال طخيرستان: وهي ولاية واسعة كبيرة، تشتمل على عدة بلاد، وهي من نواحي خراسان، وهي طَخارستان العليا والسفلى، فالعليا شرقي بلخ وغربي نهر جيحون، وبينها وبين بلخ ثمانية وعشرون فرسخًا، وأما السفلى فهي أيضًا غربي جيحون، إلا أنها أبعد من بلخ وأضرب في الشرق من العليا، وقد خرج منها طائفة من أهل العلم.

(٢) في (هـ): أو عبدًا بجاريتين.

(٣) نسبة إلى طراز، وهو بلد قريب من إسبيجاب من ثغور الترك، وقد نسب إليه قوم من العلماء. «معجم البلدان» ٤/ ٢٧.

(٤) في (د) و(و): حواريًّا.

قال في «المغرب» ص١٥٦: طيلسان خُواري: منسوب إلى خوار الري. انتهى.

وقال في «معجم البلدان» ٢/ ٣٩٤: خُوارُ: بضم أوله وآخره راء: مدينة كبيرة من أعمال الريّ، بينها وبين سمنان، للقاصد إلى خراسان على رأس الطريق، تجوز القوافل في وسطها، بينها وبين الريّ نحو عشرين فرسخًا.

بَابُ البيعِ الفَاسِدِ

بابُ البيع الفاسد

لم يَجُز بيعُ الميْتةِ، والدَّمِ، والخِنزيرِ، والخمرِ، والحُرِّ، وأُمِّ الوَلَدِ، والْمُدبَّرِ(ف)، والْمُكاتَبِ، فلو هَلَكوا عندَ الْمُشتَري: لم يَضمَن(س م).

لم يَجُز بيعُ الميْتةِ، والدَّمِ، والخِنزيرِ، والخمرِ، والحُرِّ، وأُمِّ الولَدِ، والْمُدبَّرِ، والْمُكاتَبِ.

فلو هَلَكوا عندَ الْمُشتَري لم يَضمَن.

اعلَم أن قولَه: (لم يَجُز) يَنطلِقُ على: البَيع الباطِلِ، وهو: ما لا يُفيدُ الحُكمَ أصلًا، ويَكونُ الْمَقبوضُ فيه أمانةً عندَ القابِضِ؛ لأن العقدَ إذا بَطَل بَقِي مُجرَّدُ القبضِ بإِذن المالِكِ، وذا لا يُوجِبُ الضَّمانَ.

وقِيل: يَكونُ مَضمونًا؛ لأنه يَصيرُ كالْمَقبوض على سَوم الشِّراءِ.

وقِيل: الأوّلُ قولُ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، والثّاني قولُهما، وسيَجيءُ بعدَه إن شاء اللهُ تعالى.

والبُطلانُ باعتِبار فَواتِ رُكنِ البيعِ، وهو مُبادَلةُ المالِ بالمال.

وعلى الفاسِد(١)، وهو: ما يُفيدُ الْمِلكَ عندَ اتِّصالِ القبضِ به، ويَكونُ الْمَقبوضُ مَضمونًا على الْمُشتَري عندَنا.

---

(١) أي وينطلق على الفاسد.

والفَسادُ إما لِمَعنًى في المحَلِّ[1] مع قِيامِ الماليّةِ، وإما لِمَعنًى في العاقِد[2]، وإما لِمَعنًى في العَقد[3] مع قِيامِ أصلِه، وإما لِمَعنًى في البَدَل، بأن يَكونَ مَجهولًا[4].

إذا ثَبَت هذا فنَقولُ: بيعُ الميْتةِ والدَّمِ والحُرِّ[5]: باطِلٌ، وكذا البيعُ بالميْتة والدَّمِ والحُرِّ؛ لفَوات رُكنِ البيعِ، وهو مُبادَلةُ المالِ بالمال؛ فإن هذه الأشياءَ لا تُعَدُّ مالًا عندَ أحدٍ.

وهذا لأن صِفةَ الماليّةِ للشَّيء بتَموُّل كلِّ النّاسِ أو بتَموُّل البعضِ إيّاه، والقِيمةُ إنما تَثبُتُ بإباحة الانتِفاعِ به شرعًا، وقد تَثبُتُ صِفةُ التَّقوُّمِ بدُون صِفةِ الماليّةِ، فإن حَبّةً من الحِنطة ليست بمالٍ، حتى لا يَصِحُّ بيعُها وإن أُبيح الانتِفاعُ بها شرعًا؛ لعَدَم تَموُّلِ[6] النّاسِ إيّاها.

وبيعُ الثَّوبِ بخمرٍ أو خِنزيرٍ: فاسِدٌ؛ لوُجود حَقيقةِ البيعِ، وهو مُبادَلةُ المالِ بالمال؛ فإنهما مالان عندَ أهلِ الذِّمّةِ.

وبيعُ الخمرِ والخِنزيرِ بالدَّين، كالدَّراهِم والدَّنانيرِ: باطِلٌ؛ لأنه لا يُفيدُ[7] الحُكمَ في طَرَف الْمَبيعِ أصلًا.

وهذا لأن الْمَبيعَ هو الأصلُ في البَيع؛ لتَوقُّف البيعِ على وُجوده لا على وُجود

(١) في حاشية (أ): بأن يكون مجهولاً.

(٢) في حاشية (أ): بأن يكون مكرهًا.

(٣) في حاشية (أ): شرط فاسد.

(٤) قوله: (بأن يكون مجهولاً) مثبت من (ب) و(ج) و(هـ)، وحاشية على (أ).

(٥) في (ب): (الخمر والخنزير) بدل (الحر).

(٦) في (و): (لتمول) بدل (لعدم تمول).

(٧) في (و): لأنه مفيد.

الثَّمَنِ، والأصلُ ليس بمحَلٍّ للتَّملُّك، فكذا التَّبَعُ؛ لأن ثُبوتَه في الذِّمّة إنما يَكونُ حُكمًا لتَملُّكه بمُقابَلة تَملُّكِ مالٍ آخرَ، فإذا لم يُوجَد ذلك لا يَثبُتُ في الذِّمّة، فلا يَثبُتُ فيه الْمِلكُ؛ لاستِحالة ثُبوتِ الْمِلكِ في الْمَعدوم.

وإن قُوبِل بعَينٍ فالبيعُ فاسِدٌ، حتى يَملِكُ ما يُقابِلُه وإن لم يَملِك عَينَ الخمرِ والخِنزيرِ.

والفرقُ: أن الخمرَ والخِنزيرَ مالٌ، إلا أنه غيرُ مُتقوِّم؛ لأن الشَّرعَ أمَرنا بإهانته وتركِ إعزازِه، وفي تَملُّكه بالعَقد مَقصودًا -بأن اشتَراهما بالدَّراهِم- إعزازُهما، فرَدَّ الشَّرعُ هذا التَّصرُّفَ وأبطَلَه إهانةً لهما، ودفعًا لإعزازهما.

أما إذا اشتَرى الثَّوبَ بالخَمر: فمُشتَري الثَّوبِ إنما قَصَد تَملُّكَ الثَّوبِ بالخَمر، وما في تَملُّك الثَّوبِ بالخَمر إعزازٌ للخَمر، بل فيه إعزازٌ للثَّوب، فبَقِي ذِكرُ الخمرِ مُعتبَرًا في تَملُّك الثَّوبِ.

وفي حقِّ مُشتَري الخمرِ مَقصودُه تَملُّكُ الخمرِ، فلم يَظهَر حُكمُ التَّقوُّمِ في حقِّه؛ لئلا يَكونَ إعزازًا لها، وظَهَر في حقِّ تَملُّكِ الثَّوبِ، فصار العقدُ مُنعقِدًا في حقِّ الثَّوبِ.

ولم تَصِحَّ تَسميةُ الخمرِ في حقِّ نفسِه، فيَكونُ العقدُ واقِعًا بقِيمة الثَّوبِ؛ لأنه لم يَملِكه مَجّانًا، بل بعِوَضٍ، وقد تَعذَّر مُقابَلتُه بذلك العِوَضِ؛ إذ لا قِيمةَ لذلك العِوَضِ، فيُصارُ إلى قِيمة هذا العِوَضِ ضَرورةً.

وبيعُ أُمِّ الولَدِ، والْمُدبَّرِ، والْمُكاتَبِ: باطِلٌ.

أما أُمُّ الولَدِ والْمُدبَّر: فلما مَرَّ في العَتاق.

وأما الْمُكاتَبُ: فلأنه صار حُرًّا يدًا، وبالبَيع يَبطُلُ ذلك.

ولو رَضِي الْمُكاتَبُ يَجوزُ على أظهَر الرِّوايتَين.

والمُرادُ: الْمُدبَّرُ الْمُطلَقُ، وفيه خِلافُ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وبيعُ الْمُدبَّرِ الْمُقيَّدِ يَصِحُّ اتِّفاقًا.

فلو هَلَكوا -أي الحُرُّ، وأُمُّ الولَدِ، والْمُدبَّرُ، والْمُكاتَبُ- في يَد الْمُشتَري: لم يَضمَن.

وقالا: يَضمَنُ في الْمُدبَّر وأُمِّ الولَدِ قِيمتَهما، وهو رِوايةٌ عن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، لأنهما مَقبوضان بجِهة البيعِ، فيُضمَنان بالقِيمة؛ لأن الْمَقبوضَ بجِهة البيعِ مُلحَقٌ بالْمَقبوض بالبَيع الفاسِدِ، كالْمَقبوض على سَوم الشِّراءِ إذا تَعيَّن ثَمَنُه.

وهذا لأنهما دَخَلا تحتَ البيعِ، حتى يُملَكُ ما يُضَمُّ إليهما في البَيع، بأن جَمَع بينَ مُدبَّرٍ أو[1] أُمِّ ولَدٍ وقِنٍّ، ولو لم يَدخُلا تحتَ البيعِ لَمَا انعقَد العقدُ على القِنّ، كما لو جَمَع بينَ حُرٍّ وقِنٍّ.

بخِلاف الْمُكاتَبِ؛ فإنه لا يَضمَنُ الْمُشتَري إذا قَبَضه ومات عندَه اتِّفاقًا؛ لأنه في يَد نفسِه، فلا يَتحقَّقُ القبضُ في حقِّه، وهذا الضَّمانُ باعتِبار القبضِ.

وله: أن جِهةَ البيعِ إنما تُلحَقُ بحَقيقة البيعِ الفاسِدِ في مَوضِعٍ يُتصوَّرُ فيه ثُبوتُ حُكمِ البيعِ الفاسِدِ، وهو ثُبوتُ الْملكِ عندَ اتِّصالِ القبضِ به، ولا يُتصوَّرُ هنا حُكمُ البيعِ الفاسِدِ، فلا يُضمَنان بالقِيمة، كالْمُكاتَب.

وليس دُخولُهما في البَيع في حقِّ أنفُسِهما، وإنما ذلك ليَثبُتَ حُكمُ البيعِ فيما ضُمَّ إليهما، كما لو اشتَرى من غَيره عبدَ نفسِه وعبدَ البائِعِ صَفْقةً واحِدةً: فإن عبدَه يَدخُلُ في شِرائه ليَثبُتَ الْملكُ في حقِّ الآخَرِ؛ وهذا لأنهما مالان حَقيقةً، حُرّان من وجهٍ، فدَخَلا تحتَ البيعِ في حقِّ انعِقادِ العقدِ على غَيره، ولم يَدخُلا في حقِّ انعِقادِ العقدِ على نَفسه؛ عمَلًا بالدَّليلَين.

---

(١) في (ب) و(ج): و.

بخِلاف الحُرِّ؛ لأنه ليس بمالٍ بوجهٍ[1].

والسَّمَكِ قبلَ الصَّيدِ، ولو في حَظيرةٍ[2]، والطَّيرِ في الهَواء.

ولم يَجُز بيعُ السَّمَكِ قبلَ أن يُصطادَ؛ لأنه غيرُ مَملوكٍ.

وكذا لو كان في حَظيرةٍ لا يَستَطيعُ الخُروجَ عنها إذا كان لا يُؤخَذُ إلا باصطِيادٍ، ومَعناه: إذا أخَذه، ثم ألقاه في الحَظيرة حتى صار مِلكًا له؛ لأنه غيرُ مَقدورِ التَّسليمِ، فصار كفَرَسٍ عائرٍ[3] لا يُؤخَذُ إلا بحِيلةٍ.

ولو كان يُؤخَذُ بغَير اصطِيادٍ وحِيلةٍ جاز؛ لأنه مَلَكه بالاصطِياد، فقد باع مِلكَه، وهو مَقدورُ التَّسليمِ، فيَجوزُ، كبَيع عبدٍ أرسَله في حاجَته.

ولو اجتَمَعت في الحَظيرة لا باصطِياده: لم يَصِحَّ بيعُها، أمكَن أخذُها بلا اصطِيادٍ أو لم يُمكِن؛ لأنه غيرُ مالِكٍ؛ لأنه لم يُحرِزها، فبَقِيَت على الإباحة الأصلِيَّةِ.

وإن سَدَّ[4] مَوضِعَ دُخولِ الماءِ، فصِرْنَ بحالٍ لا يَستطِعْنَ الخُروجَ عنها: لا يَصِحُّ البيعُ عندَ بعضِ الْمَشايخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ؛ لأنه لم يَملِكها؛ لأن هذا القَدْرَ ليس بإحرازٍ، فصار كطَيرٍ طار في بَيت إنسانٍ، فسَدَّ البابَ والكُوَّةَ: لا يَصيرُ مُحرِزًا له بهذا القَدْرِ ما لم يَأخُذه.

وقِيل: يَصِحُّ البيعُ إذا أمكَن أخذُهُنَّ بلا اصطِيادٍ؛ لأنه بما فَعَل صار آخِذًا لهنَّ

(١) في (و): بمال من وجه.

(٢) يقال لما حُظر به على الغنم وغيرها من الشجر ليمنعها ويحفظها: حظيرة، وجمعها حظائر وحظار، مثل كريمة وكرائم وكرام. «المصباح» ١/ ١٤١.

(٣) عار الفرس يَعِير: ذهب هنا وهنا من نشاطه، أو هام على وجهه، لا يثنيه شيء. ومنه قوله فيما لا يجوز بيعه: كذا وكذا والفرس العائر. والعاند من العناد تصحيف، ويقال: سهم عائر: لا يُدرى من رماه. «المغرب» ص٣٣٣.

(٤) في (ج): شد.

حُكمًا، فصِرْنَ مِلكًا له، كما لو وَقَع في شَبَكته.

وهذا الخِلافُ فيما إذا لم يُهيِّئ الحَظيرةَ للاصطِياد، أما إذا هَيَّأها: مَلَكها بلا خِلافٍ.

وبيعُ الطَّيرِ في الهَواء؛ لأنه إن باعه قبلَ الأخذِ فغيرُ مَملوكٍ، وإن أخذه ثم أرسَله ثم باعه: فغيرُ مَقدورِ التَّسليمِ.

والحَمْلِ[1]، والنِّتاجِ.

وبيعُ الحَمْلِ والنِّتاجِ؛ لنَهيه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ عن بَيع الحَبَلِ وحَبَلِ الحَبَلةِ[2]، فالحَمْلُ[3]: ما كان في البَطن، والنِّتاجُ: ما يَحمِلُ هذا الحَمْلُ، وهو حَبَلُ الحَبَلةِ، وقد كانوا يَعتادون ذلك في الجاهِليّة، فأُبطِل ذلك بالنَّهي.

ولأن فيه غرَرًا، وقد نَهى النَّبيُّ عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ عن بيعٍ فيه غرَرٌ[4]، وهو ما انطَوت عنك مَغَبَّتُه[5]، وخَفِيَت عليك عاقِبتُه.

واللَّبَنِ في الضَّرع[6]، واللُّؤلُؤِ(س) في الصَّدَف، والصُّوفِ(س) على ظَهر الغَنَمِ،

(١) الحَمْل: ما كان في بطن، أو على رأس شجرة، وامرأة. «المغرب» ص١٢٩.

(٢) رواه البخاري (٢١٤٣)، ومسلم (١٥١٤).

وحَبَل الحَبَلة: بفتح الجميع: ولد الولد الذي في بطن الناقة وغيرها، وكانت الجاهلية تبيع أولاد ما في بطون الحوامل، فنهى الشرع عن بيع حبل الحبلة، وعن بيع المضامين والملاقيح. «المصباح» ١/ ١١٩.

(٣) في (ج) و(د): فالحبل.

(٤) رواه مسلم (١٥١٣).

(٥) أي عاقبته. «المصباح» ٢/ ٤٤٢.

(٦) الضَّرع بفتح الضاد فسكون الراء: مصدر ضَرَع، جمعه: ضروع: مَدَرّ اللبن من الشاة والبقر، وهو كالثدي للمرأة. «لغة الفقهاء» ص٢٨٣.

والجِذعِ في السَّقفِ، والذِّراعِ من ثَوبٍ، والنَّوى[1] في التَّمرِ، والبَذرِ[2] في البِطِّيخِ.

واللَّبَنِ في الضَّرعِ؛ للغَرَرِ، فإنه لا يُدرى أن ما في الضَّرعِ لَبَنٌ أو رِيحٌ.

ولأن اللَّبَنَ يَزدادُ ساعةً فساعةً، وتلك الزِّيادةُ لم يَتناوَلها البيعُ، واختِلاطُ الْمَبيعِ بما ليس بمَبيعٍ مُبطِلٌ للبَيعِ.

وقد يَتمكَّنُ النِّزاعُ بينَهما في التَّسليمِ؛ لأن الْمُشتَريَ يَستَقصي في الحَلْبِ، والبائِعَ يُطالِبُه بأن يَترُكَ[3] داعِيَةَ اللبَنِ[4].

واللُّؤلُؤِ في الصَّدَفِ؛ لأنه كبَيعِ الحَمْلِ.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجوزُ، ويَختارُ إذا رَآه؛ لأنه مَملوكٌ مَقدورُ التَّسليمِ بلا ضَرَرٍ، فصار كما لو اشتَراه في حُقَّةٍ[5].

والصُّوفِ على ظَهرِ الغَنَمِ؛ لأنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ نَهى عن بَيعِ الصُّوفِ على ظَهرِ الغَنَمِ، وعن لَبَنٍ في ضَرعٍ، وسَمْنٍ في لَبَنٍ[6].

ولأنه قبلَ الجَزِّ ليس بمالٍ مُتقوَّمٍ في نَفسِه؛ لأنه بمَنزِلةِ وصفِ الحيَوانِ؛ لِقيامِه به.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه جَوَّزَ بيعَ هذا الصُّوفِ؛ لأنه باع مالًا مُنتفَعًا به مَقدورَ

---

(١) النوى: العَجَم، الواحدة نواة، والجمع نَوَيات وأنواء ونُوِيّ وِزان فُلُوس. «المصباح» ٢/ ٦٣١.

(٢) البَذر: ما عزل من الحبوب للزراعة، وأصل البذر النثر. «المشارق» ١/ ٨٢.

(٣) في (ب): يفرك.

(٤) داعية اللبن: ما يترك في الضرع ليدعو ما بعده، وفي الحديث: «دع داعي اللبن». «المختار» ص١٠٥.

(٥) الحقة: المنحوت من الخشب والعاج وغير ذلك، مما يصلح أن ينحت منه، قال الأزهري: وقد تُسوى الحُقة من العاج وغيره. «لسان العرب» ١٠/ ٥٦.

(٦) رواه الطبراني (١١٩٣٥)، والدارقطني (٢٨٣٥)، والبيهقي (١٠٨٥٧).

التَّسليمِ، فيَجوزُ، كبَيع قَوائِمِ الخِلافِ.

ولهما: أنه يَنبُتُ من الأسفَل، فيَختلِطُ الْمَبيعُ بمِلك البائِعِ اختِلاطًا لا يَحتمِلُ التَّمييزَ، بخِلاف القَوائمِ؛ لأنها تَنبُتُ من الأَعلى، فلا يَختلِطُ الْمَبيعُ بمِلك البائِعِ؛ ألا تَرى أنه إذا خَضَب الصُّوفَ على ظَهر الشّاةِ، وتَرَك[1] أيّامًا.. فالْمَخضوبُ يَبقي على رَأسه.

وهذا بخِلاف القَصيلِ[2]؛ لأنه يُمكِنُ قلعُه، والقلعُ في الصُّوف مُتعذِّرٌ، فتَعيَّن القطعُ، ومَوضِعُ القطعِ غيرُ مَعلومٍ، فيَتنازَعان في ذلك، وعندَ التَّنازُعِ لم يَبقَ الْمَعقودُ عليه مَقدورَ التَّسليمِ.

والجِذعِ في السَّقف، والذِّراعِ من الثَّوب، ذَكَرا مَوضِعَ القطعِ أو لم يَذكُراه؛ لأنه لا يُمكِنُ التَّسليمُ إلا بضرَرٍ.

ولا يُقالُ: إنه التَزَم الضَّرَرَ: لأن الالتِزامَ بدُون العقدِ لا يَكونُ لازِمًا، والعقدُ ما أوجَب عليه ضرَرًا، فيَتمكَّنُ من الرُّجوع، ولا يَرضى به، فيَتحقَّقُ النِّزاعُ، فيَمتنِعُ التَّسليمُ والتَّسلُّمُ.

وهذا بخِلاف ما لو باع عشَرةَ دَراهِمَ من نُقْرة فِضّةٍ؛ لأنه لا ضرَرَ في تَبعيضه، فيَقدِرُ على تَسليمه بلا نِزاعٍ، ولو لم يكن مُعيَّنًا لا يَصِحُّ؛ لهذا وللجَهالة.

ولو أخرَج البائِعُ الجِذعَ، أو قَطَع الذِّراعَ من الثَّوب.. قبلَ فسخِ الْمُشتَري العقدَ: انقلَب صَحيحًا؛ لزَوال المانِعِ من الصِّحّة.

---

(١) في (و): وتركه.

(٢) في (و): الفصيل.

قال في «المصباح» ٢/ ٥٠٦: قصلته قَصْلًا من باب ضرب: قطعته، فهو قصيل ومقصول، ومنه القصيل، وهو: الشعير يجز أخضر لعلف الدواب، قال الفارابي: سمي قصيلًا لأنه يقصل وهو رطب، وقال ابن فارس: لسرعة انفصاله وهو رطب.

والنَّوى في التَّمر، والبَذرِ في البِطِّيخ، وإن شَقَّهما وأخرَج الْمَبيعَ؛ لاحتِمالِ في وُجودهما، بخِلاف الجِذعِ؛ لأنه مُعيَّنٌ مَوجودٌ.

وضَربةِ القانِصِ[1]، والْمُزابَنةِ(ف)[2]، والْمُلامَسةِ[3]، وإلقاءِ الحَجَرِ[4].

وضَربةِ القانِصِ، وهو: ما يَخرُجُ من الصَّيد بضَرب الشَّبَكةِ مرّةً؛ لأنه مَجهولٌ، وفيه غرَرٌ.

والْمُزابَنةِ، وهو: بيعُ التَّمرِ على النَّخيل بتمرٍ مَجذوذٍ مِثلَ كيلِه خَرْصًا[5]، لأنه

---

(١) القانص، بالقاف والنون، وهو الصائد، يقال: قنص، من حد ضرب، أي صاد، والقناص الصياد، وهو أن يقول: اضرب كذا للاصطياد، فما أخذته فهو لك بكذا. «الطلبة» ص١٤٥.

(٢) المزابنة: هي بيع التمر على رؤوس النخيل بالتمر كيلاً. سميت بها: لتدافع العاقدين عند القبض، وقد زَبَن: أي دفع بشدة وعُنف، من حد ضرب، ومنه اشتقاق الزبانية، وهي الغلاظ الشداد من الملائكة عَلَيْهِمُ السَّلَامُ، الذين يدفعون أهل النار إليها. «الطلبة» ص١٥٠.

(٣) الملامسة: أن يقول الرجل للرجل: إذا لمست الثوب من قبل أن تنشره أو تعرفه فقد وجب البيع. ويقال: الملامسة: أن يقول الرجل للرجل: إذا لمست ثوبي أو لمست ثوبك فقد وجب البيع. «الزاهر» ٢/ ٣٠٨.

(٤) البيع بإلقاء الحجر: من بيوع أهل الجاهلية، كان البائع والمشتري إذا تراضيا السلع.. أي تداريا فيها ليدخلا في بيعها: وضع المشتري على السلعة حجرًا فكان بيعًا بينهما. «الطلبة» ص١٢٤.

وبيع المنابذة وبيع الحصاة وبيع إلقاء الحجر: واحد. «المغرب» ص٤٥٢.

وفي «الزاهر» ٢/ ٣٠٨: والمنابذة: أن يقول الرجل للرجل: إذا نبذت إليك الثوب فقد وجب البيع، من قبل أن تنظر إليه وتدري ما هو.

ويقال: المنابذة: أن يقول الرجل للرجل: إذا نبذت إليك الحصاة فقد وجب البيع. انتهى.

(٥) خرصت النخل خَرْصًا -من باب قتل-: حزرت تمره، والاسم الخِرص بالكسر. «المصباح» ١/ ١٦٦.

عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ نَهى عن الْمُزابَنة[1]، وهي ما بَيَّنَّا[2].

والْمُحاقَلةِ، وهي: بيعُ الحِنطةِ في سُنبُلها بحِنطةٍ مِثلِ كَيلِها خَرْصًا.

ولأنه باع مَكيلًا بمَكيلٍ من جِنسه خَرْصًا، فلا يَصِحُّ، كما لو كانا مَوضوعَين على الأَرض، أو كانا على النَّخيل.

وكذا العِنَبُ بالزَّبيب على هذا.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجوزُ شِراءُ[3] التَّمرِ على رُؤوس النَّخيلِ بتمرٍ مَجذوذٍ على الأَرض خَرْصًا فيما دونَ خَمسةِ أوسُقٍ، ولا يَجوزُ فيما زاد على خَمسة أوسُقٍ، وله في قَدْر خَمسةِ أوسُقٍ قَولان.

له: أنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ نَهى عن الْمُزابَنة، ورَخَّص في العَرايا[4]، وهي: أن تُباعَ بخَرْصها تمرًا فيما دونَ خَمسةِ أوسُقٍ.

قُلنا: العَرِيّةُ: العَطِيّةُ لُغةً، وتَأويلُه: أن يَهَبَ الرَّجُلُ ثَمرةَ نخلةٍ من بُستانه لرَجُلٍ، ثم يَشُقَّ على الْمُعِري دُخولُ الْمُعْرَى له في بُستانه كلَّ يومٍ؛ لكَون أهلِه في البُستان، ولا يَرضى من نَفسه خُلْفَ الوعدِ والرُّجوعَ في الهِبة، فيُعطِيه مَكانَ ذلك تمرًا مَجذوذًا بالخَرْص؛ دفعًا لضَرَره عن نَفسه، وتَفادِيًا عن الخُلْف في الوَعد.

وهو عندَنا جائزٌ؛ لأن الْمَوهوبَ لم يَصِر مِلكًا للمَوهوب له ما دام مُتَّصِلًا بمِلك الواهِبِ، فما يُعطِيه من التَّمر لا يَكونُ عِوَضًا عنه، بل هِبةٌ مُبتَدأةٌ.

---

(١) رواه البخاري (٢١٧١)، ومسلم (١٥٣٩).

(٢) في (ج) و(د): وهو ما قلنا.

(٣) في (ب): بيع.

(٤) رواه البخاري (٢٣٨١)، ومسلم (١٥٣٦).

وإنما سُمِّي بيعًا: مَجازًا؛ لأنه في الصُّورة عِوَضٌ يُعطِيه، واتَّفَق أن ذلك كان فيما دونَ خَمسةِ أوسُقٍ، فظَنَّ الرّاوِي أن الرُّخصةَ مَقصورةٌ عليه، فنَقَل كما وَقَع عندَه، وسَكَت عن السَّبَب، كذا فَسَّره أهلُ الفِقهِ[1] والحَديثِ.

والحملُ على هذا أَولى؛ كيلا يَصيرَ مُخالِفًا للحَديث الْمَشهورِ[2].

والْمُلامَسةِ، وإلقاءِ الحَجَرِ، والْمُنابَذةِ، وهذه بُيوعٌ كانت في الجاهِليّة، وهو: أن يَتساوَمَ الرَّجُلان على سِلعةٍ، فإذا لَمَسها الْمُشتَري، أو وَضَع عليها حَصاةً، أو نَبَذها إليه البائِعُ: لَزِم البيعُ.

فالأوَّلُ: بيعُ الْمُلامَسةِ، والثّاني: إلقاءُ الحَجَرِ، والثّالثُ: الْمُنابَذةُ.

وذَكَر في «الْمُنتَقى»: قال أبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الْمُلامَسةُ أن يَقولَ: (أبِيعُك هذا الْمَتاعَ بكذا، فإذا لَمَستُك[3] وَجَب البيعُ)، أو يَقولَ الْمُشتَري كذلك.

وإلقاءُ الحَجَرِ أن يَقولَ الْمُشتَري أو البائعُ: (إذا ألقَيتُ الحَجَرَ وَجَب البيعُ)، وهذا قولُهم.

وقد نَهى النَّبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بَيع الْمُلامَسةِ والْمُنابَذةِ[4].

ولأن فيه تَعليقَ التَّمليكِ بالخَطَر[5]، فيَكونُ قِمارًا.

وأحَدِ الثَّوبَين، أو العَبدَين، فلو قَبَضهما وماتا معًا: ضَمِن نِصفَ قِيمةِ كلٍّ، كالجائِزِ

(١) في (ب): اللغة. وانظر «التبيين» ٤/ ٤٨.

(٢) وهو النهي عن المزابنة والمحاقلة.

(٣) في (ب): لمست.

(٤) رواه البخاري (٢٢٠٧)، ومسلم (١٥٣٦) و(١٥٤٥).

(٥) في (ب): بالحظ.

بالخِيار، وقِيمةَ الأوَّلِ لو مُرتَّبًا، ولو حَرَّرهما: عَتَق أحَدُهما، وبَيَّنه، أو وارِثُه، ولو مُرتَّبًا: عَتَق الأوَّلُ، وإن حَرَّر أحَدُهما أحَدَهما: لم يَصِحّ.

وأحدِ الثَّوبَين أو العَبدَين؛ لجَهالة الْمَبيعِ.

فلو قَبَضهما وماتا معًا: ضَمِن نِصفَ قِيمةِ كلِّ واحِدٍ منهما؛ لأن أحَدَهما مَضمونٌ على الْمُشتَري بالقِيمة؛ لأنه مَقبوضٌ بحُكم بيعٍ فاسِدٍ، والآخَرُ أمانةٌ، وليس أحَدُهما بكَونه مَضمونًا أَولى من الآخَر، فشاعت الأمانةُ والضَّمانُ فيهما، فصار نِصفُ كلِّ واحِدٍ منهما مَضمونًا، ونِصفُه أمانةً.

ألا تَرى أن البيعَ لو كان صَحيحًا، بأن كان فيه خِيارُ الْمُشتَري: يَضمَنُ نِصفَ ثَمَنِ كلِّ واحِدٍ منهما؛ لِما مَرَّ في باب شرطِ الخِيارِ، والفاسِدُ مُعتبَرٌ بالصَّحيح، والقِيمةُ هنا كالثَّمَن ثَمَّ.

وضَمِن قِيمةَ الأوَّلِ لو ماتا مُرتَّبًا؛ لأنه تَعيَّن مَضمونًا؛ لتَعذُّر الرَّدِّ[1] فيه.

ولو حَرَّرهما معًا: عَتَق أحَدُهما؛ لأن أحَدَهما مِلكُه، فقد حَرَّر ما يَملِكُه وما لا يَملِكُه، فنَفَذ فيما يَملِكُه، وبَيَّنه إن كان حيًّا، أو وارِثُه إن كان ميْتًا.

ولو حَرَّرهما مُرتَّبًا: عَتَق الأوَّلُ؛ لأنه دَليلُ التَّعيينِ.

وإن حَرَّر أحَدَهما: لم يَصِحَّ، أي لو قال البائِعُ أو الْمُشتَري: (أحَدُكما حُرٌّ) لا يَصِحُّ؛ للجَمع بينَ مِلكِه ومِلكِ غيرِه، وكذا لو قالا معًا.

ولو قالا: (هما حُرّان): عَتَقا، وبَيَّن الْمُشتَري.

ولو قالا معًا أو مُتعاقِبًا: (هما حُرّان) عَتَقا؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما أعتَق مِلكَه ومِلكَ

(١) في حاشية (ب): اليد. نسخة.

غيرِه، فصَحَّ في مِلكه.

والبَيانُ إلى الْمُشتَري؛ لأن من نَفَذ فيه العَتقُ مَضمونٌ على الْمُشتَري بالقِيمة، والقولُ في تَعيين الْمَضمونِ قولُ مَن عليه الضَّمانُ.

ولو قَبَض أحَدَهما بأمرٍ، فهَلَك: غَرِم قِيمتَه، ونَفَذ عَتقُه ما[1] لم يَقبِضه.

ولو قَبَض أحَدَهما بأمر البائِع، فهَلَك: غَرِم قِيمتَه؛ لأنه لو قَبَضهما ومات أحَدُهما: تَعيَّن الميْتُ مَبيعًا مع أن الحيَّ يُزاحِمُه، فهنا أَولى، ونَفَذ عَتقُه، لا ما لم يَقبِضه؛ للمِلك وعدَمِه.

ولو قَبَضهما، فحَرَّر البائِعُ مُعيَّنًا[2]، وفُسِخ فيه: نَفَذ، وإن حَرَّرهما: نَفَذ في أحَدهما.

ولو قَبَضهما، فحَرَّر البائِعُ أحَدَهما بعَينه، وفَسَخ البيعَ فيه: نَفَذ؛ لأنه ظَهَر أنه كان مِلكَه.

وإن حَرَّرهما: نَفَذ في أحَدهما، أي إذا نَقَض القاضِي البيعَ، والخِيارُ إلى البائِع في البَيان.

ولو لم يَفسَخ وحَرَّر الْمُشتَري ما حَرَّره: عَتَق، وبَطَل عَتقُ البائِع.

ولو لم يَفسَخ، وحَرَّر الْمُشتَري ما حَرَّره البائِعُ: عَتَق، وبَطَل عَتقُ البائِع لأن وِلايةَ التَّعيينِ للمُشتَري، ومتى صَحَّ تَعيينُه ظَهَر أن إعتاقَ البائِع صادَف مِلكَ الْمُشتَري، فيَبطُل.

ودارٍ بالفِناء(س)[3].

---

(١) في (م) و(ف): فيما.

(٢) في (ع): معيبًا.

(٣) فِناء الدار: ما امتد من جوانبها، والجمع أفنية. «المختار» ص٢٤٣. لكن في «القاموس»: هو ما=

ودارٍ بالفِناء، عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن الفِناءَ من طَريق العامّةِ، وهو مَجهولُ القَدْرِ.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَصِحُّ؛ إذ الْمُرادُ به حقُّ الْمُرورِ، كما لو باعها بطُرُقها.

والْمَراعِي[1]، وإجارتِها، والنَّحلِ(م ف).

والْمَراعِي، وإجارتُها، ولم يُرد بها رِقابُ الْمَراعِي؛ لأن بيعَ رَقَبةِ الأرضِ جائزٌ إذا كانت مَملوكةً له، وإنما الْمُرادُ بها: ما تَحوِيه الْمَراعِي من الكلأ؛ إطلاقًا لاسم المحَلِّ على الحالّ.

أما عدَمُ جوازِ البيعِ: فلأنه وَرَد على ما ليس بمَملوكٍ للبائع؛ إذ بمُجرَّد نَباتِ الكلأِ في أَرضه لا تَنقطِعُ شِرْكةُ النّاسِ عنه، ولا يَصيرُ مَملوكًا له، فبَقِي على أَصل الإباحةِ ما لم يُوجَد الإحرازُ، قال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «النّاسُ شُرَكاءُ في الثَّلاث: في[2] الماء والكلأِ والنّارِ»[3].

والْمُرادُ بالماء: الذي في الأَنهار والآبارِ، أما إذا أَخَذه وجَعَله في وِعاءٍ[4]: فقد أحرَزه، فجاز بيعُه.

وبالكَلأ: ما نَبَت في أرضٍ غيرِ مَملوكةٍ، وما نَبَت في أرضٍ مَملوكةٍ لغَيره بلا إِنبات

= اتسع من أمامها. «الكليات» ص٦٩٨.

(١) المراعي: جمع مرعى، بمعنى وهو ما ترعاه الدواب. «المصباح» ١/ ٢٣١.

(٢) سقطت من (هـ)، وهي كذلك في رواية «المسند» (٢٣٠٨٢).

(٣) رواه الإمام أحمد (٢٣٠٨٢)، وأبو داود (٣٤٧٧)، وابن ماجه (٢٤٧٢)، كلهم بلفظ «المسلمون» بدل «الناس»، ورواه باللفظ الأخير: أبو عبيد في «الأموال» ص٣٧٢، والحارث (٤٤٩). ولفظ «الثلاث» عند جميعهم منكر غير معرف.

(٤) في (ج) و(د) و(و): إناء.

ربِّ الأرضِ؛ لأن ربَّ الأرضِ لا يَكونُ مُحرِزًا له بكَونه في أرضه.

وإن نَبَت الشَّجَرُ في أرضٍ مَملوكةٍ فهو مَملوكٌ لصاحِب الأرضِ، وإن نبَت لا بإنباته.

ومَعنى إثباتِ الشِّرْكةِ في النّار: الانتِفاعُ بضَوئها، والاصطِلاءُ بها، وتَجفيفُ الثِّيابِ بها، أما إذا أَراد أن يَأخُذَ الجمرَ: فليس له ذلك إلا بإِذن صاحِبِها، كذا ذَكَره القُدُوريُّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وأما عدَمُ جَوازِ الإجارةِ: فلوُرودها على استِهلاك العَينِ، ولو وَرَدت على استِهلاك عَينٍ مَملوكةٍ، بأن استَأجَر بقَرةً ليَشرَبَ لَبَنَها: لا يَصِحُّ؛ لأن محَلَّ الإجارةِ الْمَنافِعُ دونَ الأعيانِ، فإذا وَرَدت على استِهلاك عَينٍ مُباحةٍ أَولى.

ولا يَلزَمُ الصَّبغُ واللَّبَنُ في استِئجار الصَّبّاغِ والظِّئرِ[1]؛ لأن العَينَ ثَمَّ آلةٌ لإقامة العَمَلِ الْمُستحَقِّ بالإجارة.

والحِيلةُ فيه: أن يَستأجِرَ مَوضِعًا من الأَرض ليَضرِبَ فيه فُسطاطًا، أو ليَجعَلَه حَظيرةً لغَنَمه، فتَصِحُّ الإجارةُ، ويُبيحُ صاحِبُ الْمَراعِي الانتِفاعَ له بالْمَرعى، فيَحصُلُ مَقصودُهما.

والنَّحلِ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وعندَ محمدٍ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: يَجوزُ إذا كان مَجموعًا؛ لأنه حيَوانٌ يُنتفَعُ ويُتموَّلُ به، فيَصِحُّ بيعُه، وإن لم يُؤكَل، كالحِمار والبغلِ؛ وهذا لأن جَوازَ البيعِ للحَاجة إلى الانتِفاع، والانتِفاعُ تارةً يَكونُ بواسِطةٍ، وطَورًا بلا واسِطةٍ.

ولهما: أنه من الهَوامِّ، فلا يَصِحُّ بيعُه، كالزُّنبور، والحيّةِ، والعَقرَبِ، والوَزَغِ؛ وهذا

(١) في (و): (واللبان للطين) بدل (الظئر).

لأن الانتِفاعَ بما يَتولَّدُ منه لا بعَينه، فقبلَ الحُدوثِ والتَّولُّدِ لا يَكونُ مُنتفَعًا[1]، والعَينُ إنما يَصيرُ مالًا لكَونه مُنتفَعًا به، حتى لو باع كُوّارةً فيها عسَلٌ بما فيها من النَّحل.. ذَكَر القُدُوريُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «شَرحه»: أنه يَجوزُ عندَهما تَبَعًا له، كما لو باع الشِّربَ مع الأرضِ.

وأنكَر الكَرْخيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ جَوازَ بيعِ النَّحلِ مع العسَلِ، وقال: الشَّيءُ إنما يَدخُلُ في العَقد تَبَعًا لغَيره إذا كان من حُقوقه، كالشِّرب مع الأرضِ، وهذا ليس من حُقوقه.

ويُباعُ(ح س) دودُ القَزِّ[2]، وبيضُه(ح).

وصَحَّ بيعُ دودِ القَزِّ وبيضِه عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعليه الفَتوى؛ اعتِبارًا للعادة، ولأنه يَتولَّدُ منه ما هو مُنتفَعٌ به، فيَصِحُّ بيعُه، كبَذر البِطِّيخِ.

وقال أبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَصِحُّ بيعُهما.

أما الدُّودُ: فلأنه من الهَوامِّ.

وأما بيضُه: فلأنه غيرُ مُنتفَعٍ به باعتِبار ذاتِه، بل باعتِبار غيرِه، وذلك الغيرُ مَعدومٌ.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَصِحُّ بيعُ الدُّودِ إذا ظَهَر القَزُّ فيه تَبَعًا، وإلا لا.

وجَوَّزه محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ كيفما كان.

وأبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ اضطَرَب في بَيضه[3].

والحَمَامُ إذا عُلِم عدَدُها، وأمكَن تَسليمُها: صَحَّ بيعُها؛ لأنه مالٌ مُتقوَّمٌ مَقدورُ التَّسليمِ.

---

(١) في (و): منتفعًا به.

(٢) القز: ضرب من الإبريسم، معرب، قال الليث: هو ما يسوى منه الإبريسم، وفي «جمع التفاريق»: القز والإبريسم كالدقيق والحنطة. «المصباح» ص٣٨٢.

(٣) في (و): بيعه.

والآبِقِ، إلا إن يَبيعَه ممن زَعَم أنه عندَه.

ولم يَجُز بيعُ الآبِقِ؛ لأنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ نَهى عن بَيع الآبِقِ[1].

ولأن القُدرةَ على التَّسليم شرطُ جَوازِ البيعِ، وهو لا يَقدِرُ على تَسليمه.

بخِلاف العبدِ الْمُرسَلِ في حاجته؛ لثُبوت القُدرةِ على التَّسليم وقتَ العقدِ حُكمًا؛ لأن الظّاهرَ عَودُه إلى الْمَولى، ولا كذلك الآبِقُ.

إلا أن يَبيعَه ممن زَعَم أنه عندَه[2]؛ لأن النَّهيَ وَرَد في الآبِق الْمُطلَقِ، وهو أن يَكونَ آبِقًا في حقِّ الْمُتعاقِدَين، وهذا ليس بآبِقٍ في حقِّ الْمُشتَري؛ لأن الْمَأخوذَ ليس بآبِقٍ في حقِّ الآخِذِ، فلا يَكونُ آبِقًا مُطلَقًا، فلا يَتناوَلُه النَّهيُ، ولأنه إذا كان عندَ الْمُشتَري لا يَكونُ عاجِزًا عن التَّسليم في حقِّه، وهو المانِعُ.

ولا يَصيرُ قابِضًا بمُجرَّد العقدِ إذا كان في يَده، وكان أشهَد وقتَ الأخذِ؛ لأنه أمانةٌ عندَه، وقبضُ الأمانةِ أدنى، فلا يَنوبُ عن قَبض الْمَبيعِ وهو أَقوى.

ولو لم يُشهِد يَجِبُ أن يَصيرَ قابِضًا؛ لأنه قبضُ غصبٍ.

ولو قال: هو عندَ[3] فُلانٍ، فبِعْه منِّي، فباعه: لا يَصِحُّ؛ لأنه آبِقٌ في حقِّ الْمُتعاقِدَين، فكان آبِقًا مُطلَقًا، فدَخَل تحتَ النَّهيِ، ولأنه عاجِزٌ عن تَسليمه في حقِّ الْمُشتَري.

ولو باع الآبِقَ، فعاد من الإباق، وسَلَّمه إلى الْمُشتَري: لا يَتِمُّ ذلك العقدُ، كذا عن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن شرطَ الجَوازِ فات وقتَ العقدِ، فلا يَجوزُ وإن وُجِد من بعدُ، كما لو باع خمرًا، وصارت خلًّا قبلَ التَّسليمَ، أو باع الطَّيرَ في الهَواء، ثم أخَذه.

(١) رواه الإمام أحمد (١١٣٧٧)، وابن ماجه (٢١٩٧).

(٢) في (و): عبده.

(٣) في (و): عبد.

وعن أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أن العقدَ يَتِمُّ إذا لم يُفسَخ؛ لأن العقدَ انعقَد؛ لوُجود الماليّةِ والمِلكِ، والمانِعُ من الجَواز العجزُ عن التَّسليم، وقد ارتَفَع العجزُ حينَ عاد من الإباق، وصار كما لو أبَق بعدَ البيعِ، أو باع المَرهونَ ثم فكَّه قبلَ الخصُومةِ.

ولَبَنِ امرَأةٍ(ف).

ولم يَجُز بيعُ لَبَنِ امرَأةٍ، ولو في قَدَحٍ، حُرّةً كانت أو أمةً، ولم يَضمَن مُتلِفُه.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَجوزُ، حُرّةً كانت أو أمةً، ويَضمَنُ مُتلِفُه؛ لأنه مَشروبٌ طاهِرٌ، كلَبَن الشّاةِ.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: إن كانت أمةً يَجوزُ، وإن كانت حُرّةً لا يَجوزُ، اعتبَر اللَّبَنَ بأَصله؛ لكَونه مُتولِّدًا منه، ففي كلِّ مَوضِعٍ جاز بيعُ الأصلِ جاز بيعُ اللَّبَنِ وفي كلِّ مَوضِعٍ لم يَجُز بيعُ الأصلِ لم يَجُز بيعُ اللَّبَنِ.

ولهما: أنه جُزءُ الآدَميِّ؛ بدَلالة أن الشَّرعَ أثبَت به حُرمةَ الرَّضاعِ بمَعنى البَعضيّةِ، وهو بكلِّ أجزائِه مُكرَّمٌ مَصونٌ[1] عن الابتِذال والامتِهانِ بالبَيع، إلا فيما حَلَّ فيه الرِّقُّ، والرِّقُّ لا يَحُلُّ اللَّبَنَ؛ لأنه ضَعفٌ حُكميٌّ، فيَختَصُّ بمحَلِّ القُوّةِ التي هي ضِدُّه، وهو الحيُّ؛ لأن الضِّدَّين يَتعاقَبان على مَوضوعٍ[2] واحِدٍ.

ولا حَياةَ في اللَّبَنِ؛ لأنه جَمادٌ؛ وليس بمَشروبٍ على الإطلاق، بل باعتِبار حاجةِ الطِّفلِ؛ لأنه لا يَتغذّى بغَيره، حتى لو استَغنى عنه لم يُبَح شُربُه.

وصبُّه في عَينٍ رَمِدةٍ عندَ بعضِ أصحابِنا لا يَجوزُ، وقيل: يَجوزُ إذا عُلِم أنه يَزولُ به الرَّمَدُ؛ لتَحقُّق الحاجةِ حينَئذٍ.

---

(١) في (و) و(هـ): مضمون.

(٢) في (ب): موضع، وفي (و): مبيع.

وشَعْرِ الخِنزيرِ، ويُنتفَعُ به للخَرْزِ[س][1]، وتَنجَّس البِئرُ به[م]، وشَعْرِ الإنسانِ، والانتِفاعِ[م] به.

ولم يَجُز بيعُ شَعْرِ الخِنزيرِ؛ لأنه نَجِسُ العَينِ، فلا يَصِحُّ بيعُه؛ إهانةً له، كالخَمرِ؛ وهذا لأن النَّجاسةَ تُشعِرُ بهَوانِ المحَلِّ، وجَوازُ البيعِ يُشعِرُ بإعزازه.

ويُنتفَعُ به للخَرْزِ للضَّرورة، وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه كَرِه ذلك؛ لأنه نَجِسٌ، والانتِفاعُ بالنَّجاسات لا يَجوزُ إلا للضَّرورة، ولا ضَرورةَ هنا؛ لأن الخَرْزَ يَحصُلُ بغَيره.

وجهُ ظاهِرِ الرِّوايةِ: أن ذلك العمَلَ لا يَتأتّى بغَيره عادةً، فمَسَّت الضَّرورةُ، والانتِفاعُ بلَحمه جائِزٌ عندَ الضَّرورةِ، والشَّعرُ أخَفُّ[2] منه، ويُوجَدُ مُباحًا غالِبًا، فلا ضَرورةَ إلى بَيعه.

وتَنجُسُ البِئرُ بوُقوعه فيها عندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه نَجِسُ العَينِ إلا في حال الضَّرورةِ، ولا ضَرورةَ في هذا.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا تَنجُسُ؛ لأن حِلَّ الانتِفاعِ به يَدُلُّ على طَهارته.

والصَّحيحُ قولُ أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه لو كان طاهِرًا مُباحَ الانتِفاعِ به لصَحَّ بيعُه قِياسًا على عامّة ما هذا شأنُه.

وعن بَعض السَّلَفِ: أنه كان لا يَلبَسُ مِكعَبًا[3] أو خُفًّا مَخروزًا بشَعْر الخِنزيرِ[4].

ولم يَجُز بيعُ شَعْرِ الإنسانِ؛ لأنه جُزءُ الآدميِّ، وهو مُكرَّمٌ بكلِّ أجزائِه، فلا يُجعَلُ

---

(١) خَرَزت الجلد خَرْزًا من باب ضرب وقتل: وهو كالخياطة في الثياب. «المصباح» ١/ ١٦٦.

(٢) في (و): أحق.

(٣) المِكعب: المداس لا يبلغ الكعبين، وهو غير عربي. «المصباح» ٢/ ٥٣٤.

(٤) منهم ابن سيرين رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، كما عند ابن أبي شيبة (٢٥٢٨١).

شيءٌ من أجزائه مُبتذَلًا مُهانًا.

والانتِفاعُ به[١]؛ لأن في الانتِفاع به استِهانةً به، والآدميُّ مالِكٌ مُبتذِلٌ، فلا يَكونُ شيءٌ منه مَملوكًا مُبتذَلًا بلا رِقٍّ.

وقد صَحَّ أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال: «لَعَن اللهُ الواصِلةَ والْمُستوصِلةَ»[٢]، وإنما جاءت الرُّخصةُ[٣] في القَرامِلِ، وهي: ما يُتَّخَذُ من الوَبَر، فيُزادُ في قُرون النِّساءِ وذَوائبِهنّ.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه جَوَّز الانتِفاعَ بشَعْر الآدميِّ؛ لأنه طاهِرٌ عندَنا.

وجِلدِ المَيْتةِ قبلَ الدَّبغِ، وبعدَه يُباعُ، ويُنتفَعُ به، كعَظم المَيْتةِ(ف)، وعَصَبِها(ف)[٤]، وصُوفِها(ف)، وقَرْنِها(ف)، ووَبَرِها(ف)[٥]، وشَعْرِها، وكعَظْم(م) الفيل.

ولم يَجُز بيعُ جِلدِ المَيْتةِ قبلَ الدَّبغِ؛ لحُرمة الانتِفاعِ به لا لكَرامته؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا تَنتفِعوا من الْمَيْتة بإهابٍ»[٦]، وهو اسمٌ لغَير الْمَدبوغِ.

وبعدَ الدِّباغِ يُباعُ ويُنتفَعُ به؛ لطَهارته بالدِّباغ؛ لِما مَرَّ في كِتاب الصَّلاةِ.

---

(١) في (د): ولا الانتفاع به.

(٢) رواه البخاري (٥٩٣٣)، ومسلم (٢١٢٢).

(٣) روى أبو داود (٤١٧١) عن سالم عن سعيد بن جبير قال: لا بأس بالقرامل.

قال أبو داود: كأنه يذهب إلى أن المنهي عنه شعور النساء.

قال أبو داود: كان أحمد يقول: القرامل ليس به بأس.

(٤) العصب بفتح الصاد: أطناب -أوتار- مفاصل الحيوانات، وهو شيء مدور. «النهاية» ٣/ ٢٤٥.

(٥) الوبر للإبل: كالصوف للغنم. «الطلبة» ص٨٤.

(٦) رواه أبو داود (٤١٢٧)، والترمذي (١٧٢٩)، والنسائي (٤٢٤٩)، وابن ماجه (٣٦١٣).

ولفظ أبي داود: عن عبد الله بن عكيم قال: قرئ علينا كتاب رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بأرض جهينة وأنا غلام شاب: «أن لا تستمتعوا من الميتة بإهاب ولا عصب».

ولا بأسَ ببيعِ عِظامِ الميْتةِ، وعَصَبِها، وصُوفِها، وقَرْنِها، ووَبَرِها، وشَعْرِها، والانتِفاعِ بذلك كلِّه؛ لطَهارتِها؛ لأن الموتَ لا يُؤثِّرُ فيها؛ لأنه إنما يُؤثِّرُ في محَلٍّ حلَّت الحَياةُ فيه، ولا حَياةَ لهذه الأشياءِ، وإنما لها نُمُوٌّ، كما في النَّبات.

ويُباعُ عظمُ الفِيلِ ويُنتفَعُ به عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: لا يَصِحُّ بيعُه والانتِفاعُ؛ به لأنه نَجِسُ العَينِ، كالخِنزير.

وعندَهما: هو كسائِرِ السِّباعِ.

وعُلْوٍ[1] سَقَط، وبَطَل بيعُه لو سَقَط بعدَه.

وعُلْوٍ سَقَط، أي إذا كان عُلْوٌ لرَجُلٍ وسُفْلٌ لآخرَ، فسَقَطا، أو سَقَط العُلْوُ وبقِي السُّفْلُ، فباع صاحِبُ العُلْوِ مَوضِعَ العُلْوِ: لم يَجُز؛ لأن هذا بيعٌ لم يُصادِف محلَّه، فيَلغو؛ وهذا لأن محَلَّ البيعِ المالُ، والثّابتُ لصاحِب العُلْوِ بعدَ الانهدامِ حقُّ التَّعلِّي، وحقُّ التَّعلِّي ليس بمالٍ؛ لأنه مُتعلِّقٌ بهواء السّاحةِ، وهو ليس بمالٍ؛ لأن المالَ ما يُمكِنُ إحرازُه إلى وَقت الحاجةِ، والهَواءُ ليس بهذه الصِّفةِ، وإنما صَحَّ بيعُه قبلَ الانهِدامِ باعتِبار البِناءِ[2] القائِمِ، ولم يَبقَ.

بخِلاف الشِّربِ؛ حيث يَصِحُّ بيعُه تَبَعًا للأَرض باتِّفاق الرِّواياتِ، ومَقصودًا في رِوايةٍ، وهو اختيارُ مَشايخِ بَلْخٍ رَحِمَهُمُٱللَّهُ؛ لأن الشِّربَ عَينُ مالٍ قائِمٍ مُنتفَعٍ به؛ لأنه عِبارةٌ عن النَّصيب من الماء، وهذا الإمكانُ ثابِتٌ فيه[3].

ولو أتلَفَ على آخرَ شِربَه، بأن سَقى أرضَه بشِربه: يَضمَنُ.

---

(١) علو الدار وغيرها: خلاف السُّفل، بضم العين وكسرها. «المصباح» ٢/ ٤٢٧.

(٢) في (ب): الفناء.

(٣) في (ج): باق به.

ولو بِيعَ مع الأرضِ: كان له قِسطٌ من الثَّمَن، حتى إذا ادَّعى رَجُلٌ شِراءَ أرضٍ بشِربها بألفٍ، فشَهِد شاهِدٌ[1] بذلك، وسَكَت الآخَرُ عن الشِّرب: بَطَلت شَهادتُهما؛ لاختِلافهما في ثَمَن الأرضِ؛ لأن الذي زاد الشِّربُ نَقَص عن ثَمَن الأرضِ؛ لأن بعضَ الثَّمنِ يُقابِلُ الشِّربَ، فصار كاختِلافهما في مِقدار ثَمَنِ الأرضِ.

وإنما لم يَجُز بيعُه مَقصودًا في رِوايةٍ -وهو اختِيارُ مَشايخِ بُخارى رَحِمَهُمُاللَّهُ-: للجَهالة.

وإن سَقَط العُلْوُ بعدَ البيعِ قبلَ القبضِ: بَطَل البيعُ؛ لهَلاكِ الْمَبيعِ قبلَ التَّسليمِ.

والْمَسيلِ[2]، وهِبتِه، ويُباعُ الطَّريقُ، ويُوهَبُ.

ولم يَجُز بيعُ الْمَسيلِ وهِبتُه، ويَجوزُ بيعُ الطَّريقِ وهِبتُه.

والْمَسألةُ تَحتمِلُ وَجهَين: بيعَ رَقَبةِ الطَّريقِ ورَقَبةِ الْمَسيلِ، وبيعَ حقِّ الْمُرورِ وحقِّ تَسييلِ[3] الماءِ.

فإن كان الْمُرادُ به الرَّقَبةَ: **فالفرقُ بينَ الطَّريقِ والْمَسيلِ**: أن الطَّريقَ مَعلومُ الطُّولِ والعرضِ غالِبًا، فيَجوزُ البيعُ، أما الْمَسيلُ: فمَجهولٌ غالِبًا؛ لأن مِقدارَ ما يَشغَلُ الماءُ من الأَرض مُختلِفٌ غالِبًا؛ لأنه يَختلِفُ بقِلّة الماءِ وكَثرتِه، فيَبطُلُ البيعُ؛ لجَهالته.

وإن كان الْمُرادُ به حقَّ الْمُرورِ وحقَّ تَسييلِ الماءِ: فالجَوابُ الْمَذكورُ في تَسييل الماءِ باتِّفاق الرِّواياتِ، وفي حقِّ الْمُرورِ لا؛ فإنَّ بيعَ حقِّ الْمُرورِ لا يَجوزُ على رِواية «الزِّياداتِ»، وبه أخَذ الكَرْخيُّ، وعلى رِواية كِتابِ القِسمةِ: يَجوزُ، وبه أخَذ عامّةُ

(١) في (د): شاهدان.

(٢) المسيل: مجرى الماء وغيره، جمعه مسايل ومُسُل ومُسْلان. «لغة الفقهاء» ص٤٢٩.

(٣) في (ب): سبيل، وفي (د): مسيل، وفي (و): المسيل.

الْمَشايِخ رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

والفرقُ على هذه الرِّوايةِ بينَه وبينَ حقِّ التَّسيِيلِ: أن حقَّ الْمُرورِ مَعلومٌ؛ لأنه مُتعلِّقٌ بمحَلٍّ مَعلومٍ، وهو الطَّريقُ، أما الْمَسيلُ.. فإن كان على السَّطحِ: فهو نَظيرُ حقِّ التَّعلِّي، وقد مَرَّ فَسادُه، وإن كان على الأَرض: فهو مَجهولٌ؛ لجَهالة محَلِّه.

والفرقُ بينَ حقِّ التَّعلِّي وحقِّ الْمُرورِ على رِواية جَوازِ بيعِه: أن حقَّ الْمُرورِ يَتعلَّقُ بما يَبقى، وهو رِقابُ الأراضِي، فأشبَه الأعيانَ الْمَملوكةَ، وحقَّ التَّعلِّي مُتعلِّقٌ بما لا يَبقى، وهو البِناءُ، فأشبَه ما لا يَبقى، وهو الْمَنافِعُ.

وعبدٍ(ز) بان أمةً، وعكسِه(ز).

وعبدٍ بانَ أمةً، وعكسِه، أي لو اشتَرى شخصًا على أنه عبدٌ، فإذا هو أمةٌ، أو على أنها أمةٌ، فإذا هو عبدٌ: لم يَجُز البيعُ استِحسانًا، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

ولو اشتَرى بَهيمةً على أنه[1] ذَكَرٌ، فإذا هي أُنثى: صَحَّ البيعُ.

والأصلُ: ما مَرَّ في النِّكاح أن الإشارةَ والتَّسميةَ إذا اجتَمَعتا.. فإن كان الْمُشارُ إليه مع الْمُسمّى جِنسَين مُختلِفَين: تَعلَّق العقدُ بالْمُسمّى، وبَطَل؛ لعَدَمه، كما لو اشتَرى فَصًّا على أنه ياقُوتٌ، فإذا هو زُجاجٌ.

وإن كان الْمُشارُ إليه من جِنس الْمُسمّى، ولكن فارَقه بوَصفه: تَعلَّق العقدُ بالْمُشار إليه، وانعَقَد؛ لوُجوده، وخُيِّرَ؛ لفَوات الوصفِ، كشِراء عبدٍ على أنه خبّازٌ، فإذا هو كاتِبٌ.

وإنما يُعرَفُ ذلك بالنَّظَر في مَعانِي الذَّواتِ؛ لأن قِوامَ الأشياءِ بمَعانِيها، فإن كان

---

(١) في (ب): أنها.

بينَهما مُقارَبةٌ[1] في الْمَعانِي الْمَطلوبةِ يُسمّى اختِلافَ وصفٍ، وإلا يُسمّى اختِلافَ جِنسٍ.

ثم الذَّكَرُ والأُنثى من بَني آدمَ جِنسان مُختلِفان؛ لتَفاحُش التَّفاوُتِ في الْمَقاصِد والْمَعانِي الْمَطلوبةِ، فالْمُبتغى من العَبيد الاستِخدامُ خارجَ الدّارِ، ومن الإماء الاستِخدامُ داخِلَ الدّارِ، كالطَّبخ، والكَنْسِ، والاستِفراشِ، والاستِيلادِ.

وفي الحَيَوانات جِنسٌ واحِدٌ؛ لتَقارُب الْمَقاصِدِ والْمَعانِي الْمَطلوبةِ، والْمُبتغَى من الكلِّ اللَّحمُ، أو الرُّكوبُ، أو الحملُ.

ولا يَبعُدُ أن يَختلِفا جِنسًا وإن اتَّحَد أصلُهما، كالثِّياب تَختلِفُ مع اتِّحادِ الأصلِ[2]؛ فإن الوَذاريَّ[3] والزَّندَنِيجيَّ[4] جِنسان، وإن اتَّحَد أصلُهما، وكذا ما يُتَّخَذُ من العِنَب، كالخلِّ والدِّبسِ: جِنسان، وإن اتَّحَد أصلُهما.

وشِراؤُه، أو مَن[5] لا تَصِحُّ شهادتُه[س م] له.. ما باع أو بِيعَ له بالأقَلِّ[ف] قبلَ النَّقدِ، له أو لغَيره، من مُشتَريه أو وارِثِه، لا الْمَوهوبِ له، والْمُوصَى له، والْمَبيعُ لم يَنقُص ذاتًا، واتَّحَد الثَّمَنان جِنسًا.

والدِّينارُ جِنسُ الدَّراهِمِ هنا وفي الشُّفعة[ز].

(١) في (هـ): مقارنة.

(٢) في (و): تتحد مع اختلاف الأصل.

(٣) في سوى (ج): الوداري.

والوذاري: ثوب منسوب إلى وَذار، قرية بسمرقند. «المغرب» ص٤٨١.

(٤) في (ج): والزندَينجي، وفي (د) و(هـ): والزندنجي.

والزندنيجي: منسوب إلى زندنة، قرية ببخارى. «المغرب» ص٢١١.

(٥) في (ع): ممن.

ولم يَجُز شِراؤه أو شِراءُ من لا تَصِحُّ شَهادتُه له ما باع بنَفسه أو بِيعَ له، بأن باع وَكيلُه بأقَلَّ مما باع قبلَ نقدِ الثَّمَنِ، لنَفسه أو لغَيره، من مُشتَريه أو من وارِثه، لا من الْمَوهوب له والْمُوصَى له، والْمَبيعُ لم يَنقُص[1] ذاتًا، واتَّحد الثَّمَنان جِنسًا.

والدِّينارُ جِنسُ الدِّرهَمِ هنا وفي الشُّفعة.

اعلَم أن شِراءَ ما باع بأقَلَّ مما باع قبلَ نقدِ الثَّمَنِ لا يَصِحُّ عندَنا، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، حتى لو اشتَرى أمةً بألف دِرهَمٍ حالّةٍ أو نَسيئةٍ، وقَبَضها، ثم باعها من البائِع بخَمسمِائةٍ قبلَ نقدِ الثَّمَنِ الأوّلِ: فَسَد البيعُ الثّاني عندَنا، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: أن مِلكَ الْمُشتَري تَأكَّد في الْمَبيع بالقَبض، فيَصِحُّ بيعُه بأيِّ قَدْرٍ كان من الثَّمَن، كما لو باعه من غَير البائِع، أو بمِثل الثَّمَنِ الأوّلِ، أو بأكثَرَ، أو بعَرْضٍ، أو بعدَ النَّقدِ.

ولنا: حَديثُ عائِشةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا، فإن امرَأةً أتَتْها وقالت: إنِّي اشتَريتُ من زَيد بنِ أرقَمَ جارِيةً إلى العَطاء بثَمانِمائةِ دِرهَمٍ، ثم بِعتُها منه بسِتِّمائةٍ، فقالت عائِشةُ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا: بِئسَ ما شَرَيتِ، وبِئسَ ما اشتَريتِ[2]! أبلِغي زيدَ بنَ أرقَمَ أن اللهَ تَعالى أبطَل حجَّه وجِهادَه مع رَسولِ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إن لم يَتُب عن هذا، فأتاها زيدُ بنُ أرقَمَ مُعتذِرًا، فتَلَت قولَه تَعالى: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾[3] [البَقَرَة: ٢٧٥].

فهذا الوَعيدُ الشَّديدُ دَليلٌ على فَساد هذا العقدِ، وإلحاقُ هذا الوَعيدِ بهذا الصُّنعِ لا يَهتَدي إليه العقلُ؛ إذ شيءٌ من الْمَعاصِي دونَ الكُفرِ لا يُبطِلُ شيئًا من الطّاعات، إلا أن يَثبُتَ شيءٌ من ذلك بالوَحي، فدَلَّ أنها قالَتْه سَماعًا.

(١) في (ب): لم يقبض، وفي (و): لم ينتقص.

(٢) في (ب): ما شريت واشتريت.

(٣) رواه الإمام أبو يوسف في «الآثار» (٨٤٣)، وعبد الرزاق (١٤٨١٣)، والبيهقي (١٠٧٩٨)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ١٥، و«الدراية» ٢/ ١٥١.

ولا يُقالُ: إنما ألحقَت الوَعيدَ به للأجَل إلى العَطاء: لأنها كانت تُجيزُ البيعَ إلى العَطاء[1]، وإنما ذَمَّت البيعَ الأوَّلَ وإن كان جائِزًا عندَها: لأنه صار ذَريعةً إلى البيع الثّانِي الذي هو مَوسومٌ بالفَساد، وهذا كما يَقولُ لصاحِبه: (بِئسَ البيعُ الذي أوقَعك في هذا الفَسادِ!)، وإن كان البيعُ جائِزًا.

فإن قِيل: يُحتمَلُ أنها ذَمَّت البيعَ الأوَّلَ لفَساده بجَهالة الأجَلِ، وأنها رَجَعت عن تَجويز البيعِ إلى العَطاء، والبيعَ الثّانيَ: لأنه بيعُ الْمَبيعِ قبلَ القبضِ؛ إذ القبضُ لم يُذكَر في الحَديث.

قُلنا: الرُّجوعُ لم يَثبُت، وإنما ذَمَّت البيعَ الثّانيَ لأجْل الرِّبا، وليس في بَيع الْمَبيعِ قبلَ القبضِ رِبًا.

ولأن الثَّمَنَ لم يَدخُل في ضَمان البائِع قبلَ القبضِ، فإذا عاد إليه عَينُ الْمَبيعِ بالصِّفة التي خَرَج عن مِلكه، وصار بعضُ الثَّمَنِ ببَعضه قِصاصًا.. بَقِي له عليه فضلٌ بلا عِوَضٍ، فكان ذلك رِبحَ ما لم يُضمَن[2]، وهو حَرامٌ بالنَّص[3].

بخِلاف ما إذا اشتَراه بمِثل الثَّمَنِ أو أكثَر؛ لأن الرِّبحَ ثَمَّ حَصَل للمُشتَري والْمَبيعُ دَخَل في ضَمانه.

---

(١) روى ابن أبي شيبة (٢٠٢٥٧) عن حبيب: أن أمهات المؤمنين كن يشترين إلى العطاء. وانظر «الجوهر النقي» ٥/ ٣٣٠.

(٢) ربح ما لم يضمن: هو أن يبيعه سلعة قد اشتراها ولم يكن قبضها، فهي من ضمان البائع الأول ليس من ضمانه، فهذا لا يجوز بيعه حتى يقبضه، فيكونَ من ضمانه. «معالم السنن» ٣/ ١٤١.

(٣) روى أبو داود (٣٥٠٤)، والترمذي (١٢٣٤)، والنسائي (٤٦٢٩)، وابن ماجه (٢١٨٩) واللفظ للأول: عن عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك».

ولو اشتَراه مَن لا تَصِحُّ شَهادتُه له، كوَلَده، ووالِدِه، وزَوجتِه، وعبدِه، ومُكاتَبِه: فهو كشِراء البائِعِ بنَفسه.

وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: يَجوزُ في غَير العبدِ والْمُكاتَبِ؛ لتَبايُن الأملاكِ، بخِلاف الْمَملوكِ؛ لأن كسبَ العبدِ لمالِكه، وله في كَسب مُكاتَبِه حقُّ الْمِلكِ، فكان تَصرُّفُهما كتَصرُّفه.

ولأبي حنيفةَ: أن شِراءَ هؤلاء كشِراء البائِعِ بنَفسه؛ لاتِّصال مَنافِعِ الأملاكِ بينَهم، وهو نَظيرُ الخِلافِ في الوَكيل بالبَيع إذا عَقَد مع هؤلاء.

وإذا اشتَرى ما بِيعَ له[1]، بأن باع وَكيلُه: لم يَجُز أيضًا؛ لأنه لَمّا باع بإذنه صار كأنه باع بنَفسه، ثم اشتَرى بأقَلَّ.

وكذا لو وَكَّل رَجُلًا ببَيع عبدِه بألف دِرهَمٍ، فباع الوَكيلُ، ثم أَراد الوَكيلُ أن يَشتريَ العبدَ بأقَلَّ مما باع، لنَفسه أو لغَيره بأَمره قبلَ نقدِ الثَّمَنِ: لم يَجُز.

أما شِراؤُه لنَفسه: فلأن الوَكيلَ بالبَيع بائِعٌ لنَفسه في حقِّ الحُقوقِ، فكان هذا شِراءَ البائِعِ من وجهٍ، والثّابتُ من وجهٍ كالثّابِت من كلِّ وجهٍ في باب الحُرُماتِ.

وأما لغَيره بأَمره: فلأن شِراءَ الْمَأمورِ واقِعٌ له من حيث الحُقوقُ، فكان هذا شِراءَ ما باع لنَفسه من وجهٍ[2].

وكذا لو اشتَرى من وارِث مُشتَريه بأَقَلَّ مما اشتَراه الْمُورِّثُ لم يَجُز؛ لِقيام الوارِثِ مَقامَ الْمُورِّثِ، بخِلاف ما لو اشتَرى وارِثُ البائِعِ بأقَلَّ مما باع مُورِّثُه؛ فإنه يَجوزُ.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: أنه لم يَجُز في الفَصلَين.

(١) في حاشية (ب): ما يبقى. نسخة.

(٢) في (هـ): من كل وجه.

والفرقُ على ظاهِر الرِّوايةِ: أن الوارِثَ يَقومُ مَقامَ الْمُورِّثِ فيما يَرِثُ لا فيما لم يَرِث، ووارِثُ البائِعِ ما قام مَقامَ البائِعِ في هذا الشِّراءِ؛ لأنه لا يَملِكُ الشِّراءَ بطَريقِ الإرثِ؛ لأنه كان يَملِكُ الشِّراءَ لنَفسه حالَ حَياةِ مُورِّثه، فكان كالأجنَبيِّ في ذلك.

فأما وارِثُ الْمُشتَري: فقام مَقامَ الْمُشتَري في هذا البيعِ؛ لأن وِلايةَ البيعِ له من أَحكام مِلكِ الْمُورِّثِ، فإنه كان لا يَملِكُ البيعَ حالَ حَياةِ مُورِّثه؛ لأنه مِلكُ مُورِّثه، ولما قام وارِثُ الْمُشتَري مَقامَه في بَيع هذا العَينِ بحُكم الإرثِ.. صار بيعُ الوارِثِ وبيعُ الْمُورِّثِ سَواءً، فكما لم يَجُز بيعُ الْمُشتَري لم يَجُز بيعُ وارِثِه.

وشَرَطْنا أن يَكونَ الشِّراءُ من مُشتَريه أو من وارِثه: لأنه لو باعه الْمُشتَري من رَجُلٍ، أو وَهَبه لرَجُلٍ، أو أَوصى لرَجُلٍ، ثم اشتَراه البائِعُ الأوَّلُ من ذلك الرَّجُلِ: يَجوزُ؛ لأن اختِلافَ سبَبِ الْمِلكِ كاختِلاف العَينِ.

أصلُه: حَديثُ بَريرةَ، حيث قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «هي لها صَدَقةٌ، ولنا هَدِيَّةٌ»[1].

وشَرَطْنا أن يَكونَ الْمَبيعُ على حاله لم يَنقُص: لأنه إذا تَعيَّب الْمَبيعُ في يَد الْمُشتَري، فباعه من البائِع بأقَلَّ من الثَّمَن: جاز؛ لأن المانِعَ رِبحُ ما لم يُضمَن، وإنما يَظهَرُ الرِّبحُ إذا عاد إليه الْمَبيعُ كما خَرَج عن مِلكه، فإذا لم يَعُد جُعِل[2] النُّقصانُ بمُقابَلة العَيبِ الحادِثِ، فكان مُشتريًا ما باع بمِثل الثَّمَنِ الأوَّلِ معنًى.

وشَرَطْنا النُّقصانَ من حيث الذَّاتُ: لأنه لو انتَقَصت قِيمتُه بتَغيُّر السِّعرِ لم يَجُز شِراؤُه بأقَلَّ مما باع؛ لأن تَغيُّرَ السِّعرِ غيرُ مُعتبَرٍ في حقِّ الأحكامِ، كما في حقِّ الغاصِبِ وغيرِه، فعاد إليه الْمَبيعُ كما خَرَج عن مِلكه، فظَهَر الرِّبحُ.

---

(١) رواه البخاري (١٤٩٣)، ومسلم (١٠٧٤).

(٢) في (ب): حصل.

وشَرَطْنا اتِّحادَ الثَّمَنَين جِنسًا: لأنه إذا اشتَراه بجِنسٍ آخرَ غيرِ جِنسِ الثَّمَنِ الأوَّلِ يَجوزُ، وإن كان الثَّمَنُ الثَّاني أقَلَّ؛ لأن الرِّبحَ لا يَظهَرُ عندَ اختِلافِ الجِنسِ، والدِّينارُ جِنسُ الدِّرهَمِ هنا، حتى لو كان العقدُ الأوَّلُ بالدَّراهِم، فاشتَراه بالدَّنانِير، وقِيمتُها أقَلُّ من الثَّمَن الأوَّلِ: لم يَجُز استِحسانًا، وجاز قِياسًا، وهو قولُ زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنهما جِنسان، حتى لا يَجري رِبا الفضلِ بينَهما.

ولنا: أنهما جِنسان صُورةً، وجِنسٌ واحِدٌ معنًى؛ لأن الْمَقصودَ بهما واحِدٌ، وهو الثَّمنِيَّةُ، فبالنَّظَر إلى الأوَّل يَصِحُّ، وبالنَّظَر إلى الثَّاني لا، فغَلَّبنا الْمُحرِّمَ على الْمُبِيح؛ لقَوله عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «ما اجتَمَع الحَلالُ والحَرامُ في شيءٍ إلا وقد غَلَب[1] الحَرامُ الحَلالَ»[2].

وفي الشُّفعة، حتى لو بَلَغ الشَّفيعَ بيعُ الدّارِ بألف دِرهَمٍ، فسَلَّم، ثم بان أنها بِيعَت بدَنانيرَ قِيمتُها ألفٌ أو أكثرُ: فلا شُفعةَ عندَنا، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لاتِّحاد الجِنسِ، بخِلاف ما لو عَلِم أنها بِيعَت بحِنطةٍ أو شَعيرٍ قِيمتُها ألفٌ أو أكثرُ؛ فإن تَسليمَه باطِلٌ؛ لاختِلاف الجِنسِ.

رَجُلان باعا عبدًا بينَهما بألفٍ، أو قالا: بِعْناكه بألفٍ، كلُّ نِصفٍ بخَمسمِائةٍ، ثم اشتَراه أحَدُهما بخَمسمِائةٍ قبلَ النَّقدِ: فَسَد في نِصفه[3]؛ لأنه شِراءُ ما باع بأقَلَّ مما باع

(١) في (ج): إلا وغلب.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ٣١٤: هذا الحديث وجدته موقوفًا على ابن مسعود، أخرجه عبد الرازق في «مصنفه» في الطلاق (١٢٧٧٢) حدثنا سفيان الثوري عن جابر عن الشعبي قال: قال عبد الله: ما اجتمع حلال وحرام إلا غلب الحرام الحلال. قال سفيان: وذلك في الرجل يفجر بامرأة، وعنده ابنتها أو أمها، فإنه يفارقها. انتهى. قال البيهقي في «سننه»: رواه جابر الجعفي عن ابن مسعود، وجابر ضعيف، والشعبي عن ابن مسعود منقطع. انتهى.

(٣) في (ب): نصيبه.

قبلَ نقدِ الثَّمَنِ، وصَحَّ في نَصيب شَريكِه بنِصف خَمسِمائةٍ؛ لأنه ما[1] باع وما بِيعَ له.

ولو قالا: (بِعناك نَصيبَ فُلانٍ بخَمسمِائةٍ)، ثم قالا: (بِعناك نَصيبَ فُلانٍ بخَمسمِائةٍ)، ثم اشتَرى كلَّه أحَدُهما بخَمسمِائةٍ: فَسَد في نَصيبه؛ لأن نِصفَه -وهو الرُّبُع- باع بنَفسه، ونِصفَه -وهو الرُّبُع- بِيعَ له.

وأما نَصيبُ صاحِبِه: فيَفسُدُ في نِصفه، وهو الرُّبُعُ؛ لأنه باع، وصَحَّ في الرُّبُع الآخَرِ برُبُع الثَّمَنِ؛ لأنه ما باع وما بِيعَ له.

وإن اشتَرياه معًا في هذه الْمَسألةِ: صَحَّ شِراءُ كلِّ واحِدٍ في ثُمُنه بثُمُن الثَّمَنِ؛ لأنه لو اشتَراه أحَدُهما صَحَّ شِراؤُه في الرُّبُع، فإذا اشتَرى كلُّ واحِدٍ نِصفًا شائِعًا صَحَّ شِراءُ كلِّ واحِدٍ في نِصف[2] ذلك -وهو الثُّمُنُ- ضَرورةً.

ولو باعاه بألفٍ، ثم اشتَرياه بخَمسمِائةٍ: صَحَّ شِراءُ كلِّ واحِدٍ في رُبُعه؛ لأن كلَّ واحِدٍ اشتَرى نِصفًا شائِعًا، نِصفُه -وهو الرُّبُعُ- مما باع، ففَسَد، ونِصفُه مما باع شَريكُه، فصَحّ.

ولو باعه مع[3] وَكيلِه بألفٍ، ثم اشتَراه الْمُوكِّلُ بخَمسمِائةٍ: لا يَصِحُّ؛ لأن أحدَ النِّصفَين باع بنَفسه، والنِّصفَ الآخَرَ بِيعَ له.

ولو اشتَراه الوَكيلُ: فَسَد في النِّصف الذي باع، وصَحَّ في النِّصف الآخَرِ؛ لأنه ما باع وما بِيعَ له.

ولو باع الوَكيلُ كلَّه، ثم اشتَراه أحَدُهما: لا يَصِحُّ.

---

(١) في (ب) و(هـ): مما.

(٢) في (ج) و(د): نصيب.

(٣) سقطت من (ب).

أما الوَكيلُ: فلأنه باع[1]، وأما الْمُوكِّلُ: فلأنه بِيعَ له.

وصحَّ فيما ضُمَّ إليه، كما لو شُرِط الخِيارُ لرَجُلٍ، فأَجاز، فاشتَرى بأقَلَّ، بخِلاف الشُّفعةِ.

وصَحَّ فيما ضُمَّ إليه، حتى لو اشتَرى أمةً بخَمسمِائةٍ، وقَبَضها، ثم باعها وأُخرى معها من البائِع قبلَ نقدِ الثَّمَنِ بخَمسمِائةٍ: صَحَّ الشِّراءُ في التي لم يَشترِها من البائِع؛ لأنه لا[2] مُفسِدَ فيها[3]، وبَطَل في الأُخرى؛ لأنه لا بُدَّ أن يُجعَلَ بعضُ الثَّمَنِ بمُقابَلة أمةٍ لم يَشترِها منه، فكان مُشتريًا الأُخرى بأقَلَّ مما باع ضَرورةً، وهو فاسِدٌ عندَنا.

فإن قِيل: لَمّا فَسَد العقدُ في هذه وَجَب أن يَفسُدَ في تلك عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، كما لو جَمَع بينَ حُرٍّ وعبدٍ، وباعهما صَفْقةً.

قُلنا: إنما يَكونُ كذلك إن لو كان الفَسادُ قويًّا مُجمَعًا عليه، كما في بَيع الحُرِّ والعبدِ، والفَسادُ هنا ضَعيفٌ مُجتهَدٌ فيه، فيَقتصِرُ عليه ولا يَتعدّاه، كما لو اشتَرى عبدًا ومُدبَّرًا بثَمَنٍ واحِدٍ، فإن العقدَ في القِنِّ يَصِحُّ، وإن فَسَد في الْمُدبَّر؛ لِما أن الفَسادَ في الْمُدبَّر ضَعيفٌ، حتى لو قُضِي بجَواز بيعِه يَجوزُ.

فإن قِيل: أليس أنه إذا أسلَم بُرًّا في شَعيرٍ وزيتٍ يَفسُدُ في الكلِّ عندَه[4]؟!

قُلنا: ذا ليس بطَريق تَعدِّي الفَسادِ كما زَعَم البعضُ، بل باعتِبار أن إعلامَ رأسِ

---

(١) في (ب): ما باع.

(٢) سقطت من (ب) و(و).

(٣) في (ب): فيهما.

(٤) في (ب) زيادة: وفساد البيع سبب أحد وصفي الربا غير قوي، ومع هذا يفسد العقد فيهما عنده، قلنا ذا... إلخ.

المالِ شرطٌ عندَه(1)، والمُسلَمُ فيه مُختلِفٌ، فكان فَسادُ السَّلَمِ في كلِّ واحِدٍ منهما لجَهالة ما يَخُصُّ كلَّ واحِدٍ منهما من رَأس المالِ.

أو(2) لأن الفَسادَ باعتِبار شُبهةِ الرِّبا من حيث إنه يَعودُ إليه كلُّ رأسِ مالِه مع زِيادةٍ ليس بإِزائها ضَمانٌ وعِوَضٌ، وشُبهةُ الرِّبا كحَقيقته.

أو لأن فَسادَ العقدِ في البَعض إنما يُوجِبُ فَسادَ العقدِ في الباقِي إذا كان الْمُفسِدُ مُقارِنًا، أما إذا كان طارِئًا: فلا، والْمُفسِدُ هنا طارِئٌ؛ لأنه ما شَرَط في العَقد أن يَكونَ بإِزاء ما باعه أَقَلُّ من الثَّمَن الأَوَّلِ، بل قابَل الثَّمَنَ بالأمتَين، وهذه الْمُقابَلةُ صَحيحةٌ، ولكن بعدَ ذلك يَنقسِمُ الثَّمَنُ عليهما باعتِبار قِيمتِهما، فيَصيرُ البعضُ بإِزاء ما باع، والبعضُ بإِزاء ما لم يَبِع، فحينَئذٍ يَفسُدُ البيعُ فيما باع، وهذا فَسادٌ طارِئٌ، فلا يَتعدّى إلى الأُخرى.

كما لو شَرَط الخِيارَ لرَجُلٍ، فأَجاز، فاشترى(3)، أي إذا باع عبدَه، وشَرَط الخِيارَ لأجنَبيٍّ، فأَجاز الْمَشروطُ له الخِيارُ البيعَ، ثم اشتَراه الْمَشروطُ له الخِيارُ لنَفسه أو(4) لغَيره بأقَلَّ من الثَّمَن الأوَّل قبلَ نقدِ الثَّمَنِ: صَحّ؛ لأنه ما باع ولا بِيعَ له.

بخِلاف الشُّفعةِ؛ فإن البائِعَ إذا شَرَط الخِيارَ للشَّفيع، فأَجاز البيعَ، وأسقَط الخِيارَ: لا تَكونُ له الشُّفعةُ، وصار كأنه باع بنَفسه؛ لأن الشُّفعةَ إنما لا تكونُ لمن باع أو بِيعَ له: لأنه لو أَخَذ بالشُّفعة لصار ساعِيًا في نَقض ما تَمَّ به، وفي حقِّ هذا الْمَعنى الإجازةُ والبيعُ سَواءٌ.

---

(1) في (ب): عند أبي حنيفة.

(2) في (و): و.

(3) في (ب): لرجل فاشترى فأجاز فاشترى.

(4) في (ب): و.

وهنا إنما لم يَجُز الشِّراءُ: تَفادِيًا عن رِبح ما لم يُضمَن، وهذا الرِّبحُ لا يَحصُلُ[1] لِمُسقِط الخِيارِ، وإنما يَحصُلُ لمن كان السَّبَبُ أو حُكمُ السَّبَبِ واقِعًا له.

ولو رَجَع في هِبتِه لا يَبيعُ من بائِعه بأقَلَّ، كما لو رَدَّ بعَيبٍ بقَضاءٍ، بخِلاف الرَّدِّ بِرِضًا، أو بإقالةٍ.

ولو وَهَب الْمُشتَري، ثم رَجَع في هِبته بقَضاءٍ أو بغَير قَضاءٍ: لا يَملِكُ بيعَه من بائِعه بأقَلَّ؛ لأن الرُّجوعَ في الهِبة فسخٌ من كلِّ وجهٍ بكلِّ حالٍ، فعاد إليه قَديمُ مِلكِه.

ولو باعه الْمُشتَري، ثم رُدَّ عليه بعَيبٍ بقَضاءٍ: لم يَملِك بيعَه من بائِعه بأقَلَّ؛ لأنه فسخٌ من كلِّ وجهٍ.

بخِلاف ما لو رُدَّ بِرضاءٍ قبلَ القبضِ أو بعدَه، أو بإقالةٍ؛ لأنه بيعٌ جَديدٌ في حقِّ الثّالثِ، والبائِعُ الأوَّلُ ثالِثُهما.

وصحَّ(س م) أمرُه به، كأَمره ذِمِّيًّا(س م) بشِراء خمرٍ وبيعِها(س م)، وبشِراء(س م) عبدٍ بخمرٍ، وشِراءِ عبدٍ كافِرٍ مَأذونٍ خمرًا، وبيعِه وَقبولِه خمرًا، وهِبتِه له، وأمرِ مُحرِمٍ غيرَه ببَيع صيدِه(س م)، بخِلاف أمرِه كافِرًا بقَبول هِبتِها، وقبضِها، وكِتابةِ عبدِه بخمرٍ.

وصَحَّ أمرُه به، كأَمره ذِمِّيًّا بشِراء خمرٍ وبيعِها، وبشِراء عبدٍ بخمرٍ، وشِراءِ عبدٍ كافِرٍ مَأذونٍ خمرًا وبيعِه، وقَبولِه خمرًا وُهِبت له، وأمرِ مُحرِمٍ غيرَه ببَيع صَيدِه، بخِلاف أمرِه كافِرًا بقَبول هِبتِها وقبضِها، وكِتابةِ عبدِه بخمرٍ.

والأصلُ: أن الوَكيلَ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أصيلٌ في حقِّ نفسِ التَّصرُّفِ، نائِبٌ عن الْمُوكِّل في حُكم التَّصرُّفِ، فتُعتبَرُ أهلِيَّتُه[2] لنفس التَّصرُّفِ،.........

(١) في (هـ): لا يسقط.

(٢) في (ج): أهلية الوكيل.

وأهلِيّةُ الْمُوكِّلِ[1] لحُكم التَّصرُّفِ.

وعندَهما: نائِبٌ عن الْمُوكِّل في حقِّ نفسِ التَّصرُّفِ، فتُعتبرُ أهلِيّةُ الْمُوكِّلِ لنفس التَّصرُّفِ.

فإذا أمَر رَجُلٌ رَجُلًا بشِراء عبدِه الذي باع بأقَلَّ مما باع قبلَ نقدِ الثَّمَنِ: صَحّ، ويَملِكُه الْمُوكِّلُ مِلكًا صَحيحًا؛ لأن الْمُعتبرَ عندَه حالُ العاقِدِ لا حالُ الآمِرِ، والوَكيلُ لو اشتَرى لنَفسه يَصِحُّ، فكذا إذا اشتَراه لِمُوكِّله.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: بَطَل التَّوكيلُ، ويَكونُ مُشتريًا لنَفسه؛ لأن الْمُوكِّلَ لا يَملِكُه بنَفسه، فلا يَملِكُه بعَقد الوَكيلِ[2]، فيُجعَلُ مُشتريًا لنَفسه؛ تَحرِّيًا للجَواز.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فَسَد الشِّراءُ، ويَملِكُه الْمُوكِّلُ مِلكًا فاسِدًا إذا قَبَض وَكيلُه؛ لأنه لو اشتَراه بنَفسه يَملِكُه مِلكًا فاسِدًا، فكذا إذا اشتَراه وَكيلُه؛ لأنه نائِبُه.

ولو أمَر مُسلِمٌ ذِمِّيًّا بشِراء خمرٍ وبيعِها: صَحَّ التَّوكيلُ، وعلى هذا: الخِنزيرُ.

وعندَهما: لا يَصِحُّ التَّوكيلُ فيهما؛ لأن الوَكيلَ يَستفيدُ الوِلايةَ من الْمُوكِّل، ولا وِلايةَ للمُوكِّل في هذا التَّصرُّفِ، فكذا لوَكيله.

وله: أن الوَكيلَ أهلٌ لنَفس التَّصرُّفِ، والْمُوكِّلَ أهلٌ لحُكم التَّصرُّفِ؛ لأنه أهلٌ لثُبوت حُكمِ التَّصرُّفِ؛ ألا تَرى أنه يَملِكُ الخمرَ والخِنزيرَ إرثًا، بأن كانا لذِمِّيٍّ، فأسلَم، فمات قبلَ التَّخليلِ والتَّسييبِ، فوَرِثهما الوارِثُ.

ثم في التَّوكيل بشِراء الخمرِ يَملِكُ الخمرَ فيُخلِّلُها[3]؛ لأنه مُنِع عن الانتِفاع بعَينها،

(١) في (د): الوكيل.

(٢) في (ب) و(و): التوكيل.

(٣) في (د): بتخليلها.

فله أن يَتصرَّفَ فيها على وجهٍ يَتوصَّلُ به إلى الانتِفاع، كما لو وَرِث خمرًا، أو تَخمَّر عَصيرُه، وعليه الثَّمَنُ يَدفَعُه إلى الوَكيل؛ لانتِقال الْمِلكِ إليه حُكمًا من جِهَته، فيَلزَمُه البدَلُ، وإن كان خِنزيرًا يُسيِّبُه.

وفي الوَكيل[1] بالبَيع يَملِكُ الثَّمَنَ؛ لأنه صَحَّ بيعُ الوَكيلِ، ويَتصدَّقُ به؛ لتَمكُّن الخُبثِ فيه؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إن الذي حَرَّم شُرْبَها حَرَّم بَيعَها[2] وأَكْلَ ثَمَنِها[3]»[4].

ولو وَكَّل مُسلِمٌ ذِمِّيًا بشِراء عبدٍ بخمرٍ مُقدَّرةٍ، فاشتَرى: صَحَّ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، فيَأخُذُ الوَكيلُ العبدَ بما سَمّى من الخَمر، ويَرجِعُ على الْمُوكِّل بقِيمتها[5]؛ لتَعذُّر الرُّجوعِ بعَينها.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَقعُ العقدُ للمُوكِّل بوَصف الفَسادِ، كما لو اشتَراه الْمُوكِّلُ بنَفسه[6]، فيَجِبُ عليه قِيمةُ العبدِ.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَقعُ الشِّراءُ للوَكيل صَحيحًا؛ لِما مَرّ.

ولو اشتَرى عبدٌ كافِرٌ مَأذونٌ خمرًا، أو باع: صَحَّ إجماعًا؛ لأنه يَتصرَّفُ بحُكم المالِكيّة، فصار كالْمُكاتَب، وكذا لو قَبِل خمرًا وُهِبت له صَحّ، وكذا لو كان مَحجورًا.

ولو وَكَّل مُحرِمٌ غيرَه ببَيع صَيدِه: فهو كما لو وَكَّل مُسلِمٌ ذِمِّيًا بشِراء خمرٍ،

---

(١) في (ج) و(و): التوكيل.

(٢) في (هـ): شراءها.

(٣) في سوى (ب): إن الذي حرم بيعها حَرَّم شربها وأكل ثمنها.

(٤) رواه مسلم (١٥٧٩) دون ذكر أكل الثمن. وبه رواه الإمام أحمد (٢١٩٠) بلفظ: «هل علمت أن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها».

(٥) مثبتة من (أ)، وحاشية على (ج).

(٦) في (د): لنفسه.

اختِلافًا وتَعليلًا.

ولو وَهَب كافِرٌ لِمُسلِمٍ خمرًا، فأمَر الْمُسلِمُ كافِرًا بقَبول هِبتِها أو بقَبضها: لا يَصِحُّ.

وكذا لو أمَر كافِرًا[1] بكِتابة عبدِه بخمرٍ: لا يَصِحُّ؛ لأنه يَتصرَّفُ للمُوكِّل؛ ألا تَرى أن الحُقوقَ تَرجِعُ إلى الْمُوكِّل.

وزيتٍ على أن يَزِنَه بظَرفه[2]، ويَطرَحَ عنه بكلِّ ظرفٍ خَمسين رِطلًا، بخِلاف بوزنِ الظَّرفِ.

ولم يَجُز بيعُ زيتٍ على أن يَزِنَه بظَرفه، ويَطرَحَ عنه مَكانَ كلِّ ظرفٍ خَمسين رِطْلًا؛ لأن هذا الشَّرطَ يُخالِفُ مُقتَضى العقدِ؛ لأن مُقتَضاه أن يُطرَحَ عنه مِقدارُ وزنِ الظَّرفِ، أيَّ مِقدارٍ كان، فإذا شَرَط أن يَطرَحَ عنه مَكانَ كلِّ ظرفٍ خَمسين رِطْلًا، وجاز أن يَكونَ الظَّرفُ أنقَصَ من خَمسين رِطْلًا أو أكثَرَ.. فكان شرطًا مُخالِفًا لِمُقتَضى العقدِ، ولأحَد العاقِدَين فيه مَنفَعةٌ، فيَفسُدُ العقدُ بالنَّهي.

وإن شَرَط أن يَطرَحَ عنه مِقدارَ وزنِ الظَّرفِ: جاز؛ لأنه شرطٌ يُوافِقُ مُقتَضى العقدِ، وما يُوافِقُ مُقتَضى العقدِ يُؤكِّدُه ولا يُفسِدُه.

ولو اختَلَفا فيه: فالقولُ للمُشتَري.

ولو اختَلَفا فيه -أي في الظَّرف-: فالقولُ للمُشتَري، حتى لو اشتَرى زيتًا أو سمنًا في زِقٍّ، فرَدَّ الظَّرفَ، وهو عشَرةُ أرطالٍ، فقال البائعُ: الزِّقُّ غيرُ هذا، وهو خَمسةُ أرطالٍ: فالقولُ للمُشتَري مع يَمينِه؛ لأنه إن اعتُبِر اختِلافًا في تَعيين الزِّقِّ الْمَقبوضِ فالقولُ للقابِض؛ لأن الزِّقَّ أمانةٌ في يَده، والقولُ في تَعيين الأمانةِ قولُ الأمينِ، وإن كان مَضمونًا

---

(١) في (ب): كافر.

(٢) الظرف: الوعاء، والجمع ظروف، مثل فلس وفلوس. «المصباح» ٢/ ٣٨٤.

فِي يَدِه فالقولُ في تَعيينه أيضًا قولُه، كالمَغصوب.

وإن اعتُبِر اختِلافًا في السَّمن فهو في الحَقيقة اختِلافٌ في مِقدار الثَّمَنِ، فيَكونُ القولُ للمُشتَري؛ لأنه يُنكِرُ الزِّيادةَ، ولا يَتحالَفان، وإن اختَلَفا في الثَّمَن؛ لأن اختِلافَهما في الثَّمَن ثَبَت تَبعًا لاختِلافهما في الزِّق، والاختِلافُ في الزِّقِّ لا يُوجِبُ التَّحالُفَ؛ لأنه ليس بمَعقودٍ به ولا مَعقودٍ عليه، فكذا الاختِلافُ فيما ثَبَت تَبعًا؛ لأن حُكمَ التَبعِ لا يُخالِفُ حُكمَ الأصلِ.

ولو باعَهما على أنهما مِائةُ رِطلٍ، فوُجِدا تِسعين: فالنُّقصان من الزَّيت، وسَقَط حِصَّتُه، وخُيِّر.

ولو باع الظَّرفَ والزَّيتَ على أنهما مِائةُ رِطلٍ، فوُجِدا تِسعين رِطْلًا، الظَّرفُ عِشرون، والزَّيتُ سَبعون: فالنُّقصان من الزَّيت؛ لأن الظَّرفَ لا[1] يَزيدُ ولا يَنقُصُ، والزَّيتُ يَزيدُ[2] ويَنقُصُ.

والأصلُ: أن النُّقصانَ والزِّيادةَ يُصرَفان إلى ما يَحتمِلُهما لا إلى ما لا يَحتمِلُهما، فيُجعَلُ كأن الزَّيتَ كان ثَمانين رِطْلًا، والزِّقُّ عِشرين رِطْلًا، وجُملتُه مِائةُ رِطْلٍ، فانتَقَص من الزَّيت عشَرةُ أرطالٍ قبلَ القبضِ، وسَقَط حِصّةُ النُّقصانِ من الثَّمَن، فيُقسَمُ الثَّمَنُ على الزِّق وثَمانين رِطْلًا من الزَّيت، فما أَصاب الزِّقَّ لَزِمه، وما أَصاب الزَّيتَ يُنقَصُ ثَمَنُه؛ لأنه انتَقَص منه عشَرةٌ من ثَمانين، والعشَرةُ من الثَّمانين الثُّمُنُ.

وخُيِّر الْمُشتَري، إن شاء أَخَذ الزِّقَّ وما فيه من الزَّيت بما بَقِي، وإن شاء تَرَك؛ لأنه تَغيَّر[3] عليه شرطُ عقدِه.

(١) سقطت من (هـ).

(٢) في (هـ): لا يزيد.

(٣) في (ب): تعين.

وإن بَلَغ الظَّرفُ وزنًا لم يُعتَدْ: خُيِّر.

وإن بَلَغ الظَّرفُ وزنًا لم يُعتَدْ: خُيِّر، بأن كان الزِّقُّ سِتِّين، والزَّيتُ أربَعين، ووزنُ الزِّقِّ[1] لا يَبلُغُ هذا القَدْرَ في الْمُتعارَف: خُيِّر بينَ الفسخِ والإمضاءِ؛ لأنه غَرَّه، فاختَلَّ الرِّضا، وصار كالعَيب.

وإن وُجِدا مِائةً وخَمسين، والزِّقُّ[2] مِائةً: فَسَد فيهما.

وإن وُجِدا مِائةً وخَمسين، والزِّقُّ مِائةً: فَسَد فيهما؛ لأن الْمَعقودَ عليه من الزَّيت ما يَبقى بعدَ وزنِ الظَّرفِ إلى تَمام الْمِائةِ، فإذا كان الظَّرفُ مِائةً عُدِم الزَّيتُ، وهو الْمَعقودُ عليه قصدًا، وفَواتُ ما هو الْمَقصودُ مُفسِدٌ للعَقد، كمن اشتَرى جَوزًا، فوَجَده خاوِيًا.

ويَفسُدُ العقدُ في الظَّرف أيضًا؛ لأن العقدَ واحِدٌ، ولأن ثَمَنَ الظَّرفِ مَجهولٌ.

وإن وُجِد الزِّقُّ عِشرين، والزَّيتُ مِائةً: لَزِمه الزِّقُّ وثَمانون رِطْلًا من الزَّيت بالثَّمَن الْمُسمَّى.

ولو باع زيتًا في زِقٍّ، وسَمْنًا في زِقٍّ، على أنهما مِائةٌ: فالْمَبيعُ من كلٍّ خَمسون، والْمَكيلُ مِثلُه.

ولو باع زيتًا في زِقٍّ، وسمنًا في زِقٍّ.. يُعتبَرُ ظرفُهما[3]، على أنهما مِائةُ رِطْلٍ: فالْمَبيعُ من كلٍّ خَمسون، فلو وُجِد الزَّيتُ سِتِّين، والسَّمنُ أربَعين: يُقسَمُ الثَّمَنُ على خَمسين رِطْلًا من كلِّ واحِدٍ منهما، فما أَصاب الزَّيتَ أدّاه، وأَخَذ خَمسين رِطْلًا منه، وما أَصاب

(١) في (ج): الزيت.

(٢) الزِّقُّ بالكسر: الظَّرف، وبعضهم يقول: ظرف زفت أو قير، والجمع أزقاق وزِقاق وزُقّان مثل: كتاب ورغفان. «المصباح» ١/ ٢٥٤.

(٣) في (ب): بغير ظرفيهما.

السَّمْنَ طُرِح عنه حِصَّةُ عشرةِ أرطالِ السَّمنِ.

وخُيِّر لأن كِلَيهما مُقدَّرٌ، وأضاف الْمِائةَ إليهما، فانصَرَف إليهما على السَّواء، كما لو اشتَرى عبدًا بعَشَرة مَثاقيلَ ذهَبٍ وفِضَّةٍ، وكذا في كلِّ مَكيلٍ ومَوزونٍ.

وأمةٍ على أن يُعتِقَ الْمُشتَري، وصحَّ به(س م)، أو يُدبِّر، أو يُكاتِبَ، أو يَستولِدَ، أو يَطأَ(س م)، أوْ لا يَطأَ(م)، أو يُقرِضَ، أو يُهدِيَ، أو تَخبِزَ كلَّ يومٍ كذا، أو إلا حَمْلَها، أو يَستخدِمَ البائِعُ شهرًا.

ولم يَجُز بيعُ أمةٍ على أن يُعتِقَ الْمُشتَري، وصَحَّ البيعُ بالإعتاق، حتى يَجِبُ عليه الثَّمنُ.

أو على أن يُدبِّرَ، أو يُكاتِبَ، أو يَستولِدَ؛ لأنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عن بيعٍ وشرطٍ(١).

وحاصِلُ الْمَذهَبِ: أن كلَّ شرطٍ يَقتَضيه العقدُ، أي يَجِبُ بالعَقد بلا شرطٍ، كشَرط الْمِلكِ للمُشتَري في الْمَبيع، أو شرطِ تَسليمِ الثَّمَنِ، أو تَسليمِ الْمَبيعِ: لا يُفسِدُ العقدَ؛ لأنه يَثبُتُ بمُطلَقِ العقدِ، فلا يَزيدُه الشَّرطُ إلا تأكيدًا.

وكلَّ شرطٍ لا يَقتَضيه العقدُ، إلا أنه يُلائِمُ البيعَ، أي يُؤَكِّدُ مُوجَبَه، كالبَيع بشرطِ أن يُعطِيَ الْمُشتَري بالثَّمَن رهنًا أو كَفيلًا، وهو مَعلومٌ بالإشارة أو التَّسميةِ: لا يُفسِدُ العقدَ أيضًا؛ لأن الرَّهنَ شُرِع وَثيقةً وتأكيدًا لجانِب الاستيفاءِ، واستيفاءُ الثَّمنِ مُوجَبُ العقدِ، فما يُؤكِّدُه يُلائِمُ العقدَ، والكَفالةُ وَثيقةٌ لجانِب الْمُطالَبةِ، والْمُطالَبةُ مُوجَبُ العقدِ، فما يُؤكِّدُها يُلائِمُ العقدَ، فلا يُفسِدُه.

---

(١) رواه الإمام أبو حنيفة في «مسنده» رواية أبي نعيم ص١٦٠، والطبراني في «الأوسط» (٤٣٦١)، والحاكم في «معرفة علوم الحديث» ص١٢٨، وانظر «نصب الراية» ٤/ ١٨.

فإن لم يَكونا مَعلومَين فَسَد البيعُ؛ لأن جَهالةَ الرَّهنِ والكَفيلِ تُفضِي إلى النِّزاع، فالْمُشتَري يُعطِيه رهنًا أو كَفيلًا، والبائعُ يُطالِبُه بآخرَ.

وكلّ شرطٍ **لا يُلائِمُ العقدَ**، إلا أن الشَّرعَ وَرَد بجَوازه، كالخِيار والأجَلِ، أو لم يَرِد الشَّرعُ بجَوازه، لكنه مُتعارَفٌ، كشِراء نعلٍ على أن يَحذُوَه أو يُشرِّكَه: لا يُفسِدُه أيضًا استِحسانًا؛ للتَّعامُل، وهو حُجّةٌ يُترَكُ به القِياسُ.

وكلّ شرطٍ **لا يَقتَضيه العقدُ ولا يُلائِمُه**، ولم يَرِد الشَّرعُ بجَوازه، وليس بمُتعارَفٍ، وفيه مَنفَعةٌ لأحَد العاقِدَين، أو للمَعقود عليه، وهو من أَهل أن يَستحِقَّ حقًّا على الغَير، بأن يَكونَ آدَميًّا: يُفسِدُ العقدَ، كبَيع عبدٍ بشَرط أن لا يَبيعَه الْمُشتَري، فإن العبدَ يُعجِبُه أن لا تَتداوَلَه الأيدِي.

وإن لم تكن فيه مَنفَعةٌ لأحدٍ، كشِراء دابّةٍ أو ثَوبٍ بشَرط أن لا يَبيعَه: بَطَل الشَّرطُ، وصَحَّ البيعُ في ظاهِر الْمَذهَبِ، وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه يَفسُدُ به البيعُ.

وجهُ الظّاهرِ: أنه لا مُطالِبَ لهذا الشَّرطِ، فكان لغوًا؛ وهذا لأنهما إذا قَصَدا الْمُقابَلةَ(١) بينَ الْمَبيعِ والثَّمَنِ فقد خَلا الشَّرطُ عن العِوَض، وقد وَجَب بالبَيع(٢) لَمّا شُرِط فيه، فكان زِيادةً مُستحَقّةً بعَقد الْمُعاوَضةِ خالِيةً عن العِوَض، فتكونُ رِبًا، وكلُّ عقدٍ شُرِط فيه الرِّبا يَكونُ فاسِدًا.

ولأنه متى كان مُنتفَعًا به كان مَرغوبًا فيه، وكان له طالِبٌ، فيَقَعُ بسَبَبه النِّزاعُ، ومتى لم يكن مَرغوبًا فيه لم تكن زِيادةً تَقديرًا، ولم يكن له طالِبٌ، فلا يُؤدِّي إلى الرِّبا والنِّزاعِ.

إذا ثَبَت هذا فنَقولُ: هذه الشُّروطُ لا يَقتَضيها العقدُ؛ لأن قَضِيّةَ العقدِ إطلاقُ

---

(١) في (و): المطالبة.

(٢) في (و): البيع.

الانتِفاعِ لا الحَجْرُ عنه، والتَّخييرُ في هذه التَّصرُّفاتِ لا الإلزامُ، والشَّرطُ يَقتَضي الإلزامَ ولا يُلائِمُه، وما وَرَد الشَّرعُ بجَوزاها، وهي غيرُ مُتعارَفٍ بينَ النّاسِ، وللمَعقود عليه فيها مَنفَعةٌ، فيَفسُدُ العقدُ؛ للنَّهي، إلا أن ما مَرَّ ذِكرُه من الشُّروط صارت مُستَثناةً عن قَضِيَّةِ النَّهيِ، فبَقِي ما عَداها داخِلًا تحتَ النَّهيِ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجوزُ البيعُ بشَرط الإعتاقِ، وهو رِوايةُ الحسَنِ عن أبي حنيفةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، لأنه مُتعارَفٌ؛ إذ بيعُ العبدِ نَسمةً مُتعارَفٌ في الوَصايا وغيرِها، وتَفسيرُه: البيعُ بشَرط العَتقِ.

ولنا: ما ذَكَرنا، ولأن اشتِراطَ حقِّ العِتقِ مُفسِدٌ للعَقد، كالتَّدبير والاستِيلادِ، فاشتِراطُ حَقيقتِه أحَقُّ.

وبيعُ العبدِ نَسَمةً لا يَكونُ بشَرط العَتقِ، بل يَكونُ ذلك وعدًا من الْمُشتَري، ثم يُعقَدُ البيعُ مُطلَقًا، فلو أعتَقه الْمُشتَري بعدَما اشتَراه بشَرط العَتقِ صَحَّ البيعُ، حتى يَجِبُ عليه الثَّمَنُ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ استِحسانًا.

وقالا: يَبقى فاسِدًا، حتى يَجِبُ عليه القِيمةُ قِياسًا.

لهما: أن شرْطَ الإعتاقِ متى كان مُفسِدًا كان تَحقيقُه تَقريرًا للفَساد لا رفعًا للفَساد، كسائِر الشُّروطِ الْمُفسِدةِ؛ ألا تَرى أنه لو استَهلكه بوجهٍ آخرَ لا يَنقلِبُ جائِزًا.

وله: أنه زال الْمُفسِدُ قبلَ تَقرُّرِه، فيَجِبُ الثَّمَنُ، كما لو اشتَراه بأجَلٍ مَجهولٍ، ثم أسقَطه قبلَ مُضِيِّه[1]؛ وهذا لأن هذا الشَّرطَ لا يُلائِمُ العقدَ بنَفسه؛ لأن قَضِيَّتَه جوازُ الإعتاقِ لا الإلزامُ حتمًا، ولكن يُلائِمُه بحُكمه؛ لأن العَتقَ يُنهِي الْمِلكَ؛ فإن الْمِلكَ في بَني آدمَ ثابِتٌ إلى العَتق، والشَّيءُ بانتِهائه يَتقرَّرُ، ومُقرِّرُ الشَّيءِ مُصحِّحٌ له.

(١) في (د): قبضه.

ولهذا لو اشتَرى عبدًا، فأعتَقه، فعَلِم بعَيبٍ به: رَجَع بنُقصانه، بخِلاف ما لو باعه، فإذا استَهلكه فقد تَقرَّر الفَسادُ؛ لوُجود صُورةِ الشَّرطِ دونَ الحُكمِ، وإذا أعتَقه تَحقَّقت الْمُلاءَمةُ بحُكم العَتقِ، وهو انتِهاءُ الْمِلكِ به، فتَرجَّح جانِبُ الجَوازِ، فكان الحالُ قبلَ ذلك مَوقوفًا.

ولو باع أمةً بشَرط أن يطَأَها الْمُشتَري، أو بشَرط أن لا يطَأَها: فَسَد البيعُ فيهما عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن العقدَ لا يَقتَضيهما؛ لأن قَضِيّتَه إطلاقُ الانتِفاعُ لا الحَجْرُ عنه والإلزامُ، وفي الأوَّل إلزامٌ، وفي الثّاني حَجْرٌ.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: صَحَّ في الأوَّل؛ لأن العقدَ يَقتَضيه، وفَسَد في الثّاني؛ لأنه لا يَقتَضيه.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: صَحَّ فيهما؛ لأن الثّانيَ إن لم يَقتَضِه العقدُ فلا يَرجِعُ نفعُه إلى أحدٍ، فكان هذا شرطًا لا طالِبَ له، فلا يُعتبَرُ.

ولو اشتَرى بشَرط أن يُقرِضَه الْمُشتَري دِرهَمًا، أو يُهدِيَ له هَدِيّةً: فَسَد؛ لأنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ نَهى عن بيعٍ وسَلَفٍ[1]، أي قرضٍ.

ولأنه شرطٌ لا يَقتَضيه العقدُ ولا يُلائِمُه، وليس فيه عُرفٌ ظاهِرٌ، ولم يَرِد الشَّرعُ بجَوازه، ويَنتَفِعُ به أحدُ العاقِدَين.

ولو اشتَرى أمةً على أنها تَخبِزُ كلَّ يومٍ كذا: يَفسُدُ؛ لأنه لم يَشترِط صِفةً بل عمَلًا لا يُمكِنُه الوَفاءُ به.

ولو اشتَرى أمةً إلا حَملَها: فَسَد البيعُ؛ لأنه لا يَصِحُّ إفرادُ الحملِ بالعَقد؛ لأنه بمَنزِلة جُزئِها، حتى يَتناوَلُه بيعُ الأصلِ، وأجزاءُ الحيَوانِ لا تَقبَلُ العقدَ مَقصودًا، فلا

(١) رواه أبو داود (٣٥٠٤)، والترمذي (١٢٣٤)، والنسائي (٤٦٢٩)، وابن ماجه (٢١٨٩).

يَصِحُ استِثناؤُها؛ لأن الاستِثناءَ إنما يَعمَلُ فيما عَمِل فيه الصَّدرُ، وإذا لم يَصِحَّ استِثناؤه يَبقي شرطًا فاسِدًا، وفيه نفعٌ للبائع.

والبيعُ يَفسُدُ بالشَّرط الفاسِدِ، كالكِتابة، والإجارةِ، والرَّهنِ، إلا أن الكِتابةَ إنما تَفسُدُ إذا كان الْمُفسِدُ مُتمكِّنًا في صُلب العقدِ، أي ما يَقومُ به العقدُ، حتى لو كانت بشَرط أن لا يَخرُجَ من الكُوفة لا تَفسُدُ الكِتابةُ، وله[1] أن يَخرُجَ؛ لشَبهها بالبَيع من حيث إن العبدَ مالٌ في حقِّ الْمَولى، ولشَبهها بالنِّكاح من حيث إنه ليس بمالٍ في حقِّ نفسِه، فعَمِلنا بالشَّبهَين في الحالَين.

والهِبةُ، والصَّدَقةُ، والنِّكاحُ، والخُلعُ، والصُّلحُ عن دَم العمدِ: لا تَبطُلُ باستِثناء الحملِ، بل يَبطُلُ الاستِثناءُ؛ لأنها لا تَبطُلُ بالشَّرط الفاسِدِ؛ لأن الفَسادَ به باعتِبار إفضائِه إلى الرِّبا، فيَتحقَّقُ في الْمُعاوَضات دونَ التَّبرُّعاتِ والإسقاطاتِ.

والوَصِيَّةُ لا تَبطُلُ باستِثناء الحملِ، ويَصِحُّ الاستِثناءُ، حتى تَكونُ الأمةُ وُصِيَّةً، والحملُ إرثًا؛ لأن الوَصِيَّةَ أُختُ الْمِيراثِ؛ لأنها خِلافةٌ بعدَ الموتِ، كالإرث، والإرثُ يَجري فيما في البَطن.

بخِلاف ما لو استَثنى خِدمتَها؛ لأن الإرثَ لا يَجري فيها، حتى لو أَوصى لرَجُلٍ بخِدمة عبدِه، فمات الْمُوصَى له: لا يَستحِقُّ وَرَثتُه خِدمتَه إرثًا عن الْمُوصَى له.

ودارٍ على أن يَسكُنَ، أو يُسلِّمَ إلى كذا.
وثَوبٍ على أن يَقطَعَ ويَخيطَ قَميصًا.

لو باع أمةً أو عبدًا على أن يَستخدِمَ البائعُ شهرًا، أو دارًا على أن يَسكُنَها، أو على أن يُسلِّمَ إلى رَأس الشَّهرِ، أو ثَوبًا على أن يَقطَعَه البائعُ ويَخيطَه قَميصًا أو قَباءً: فَسَد

(١) في (و): وليس له.

البيعُ؛ لِما مَرَّ من وُجود الشَّرط الْمُكيِّفِ.

ولأنه إن كان بعضُ الثَّمَنِ بمُقابَلة العمَلِ الْمَشروطِ: فهو إجارةٌ مَشروطةٌ في بيعٍ، وإن لم يكن بمُقابَلته شيءٌ من الثَّمَن: فهو إعارةٌ مَشروطةٌ في البَيع، ونَهى النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن صَفقتَين في صَفْقةٍ[1].

ولأن الأجَل يَختصُّ بالدُّيون؛ لأنه شُرِع للتَّرفيه[2]، فيَختصُّ بالدُّيون؛ ليُتمكَّنَ من تَحصيلها به، دونَ الأعيانِ؛ لأنها حاصِلةٌ، فيَبطُلُ التَّأجيلُ[3] في الْمَبيع العَينِ، وإذا شُرِط فيه يَكونُ شرطًا فاسِدًا، والبيعُ يَفسُدُ[4] بالشَّرط الفاسِدِ.

وبيعُ نعلٍ على أن يَحذُوَه[5] ويُشرِّكَه(ز)[6].

ولو اشتَرى نعلًا على أن يَحذُوَه أو يُشرِّكَه: صَحَّ استِحسانًا.

وقال زفرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَجوزُ قِياسًا؛ لِما مَرّ.

ولنا: أن فيه عُرفًا ظاهِرًا، وفي النُّزوع عن العادة حرَجٌ بَيِّنٌ، وصار كصَبغ الثَّوبِ، فإنَ القِياسَ أن لا يَجوزَ؛ لأن الإجارةَ بيعُ الْمَنافِعِ، والصَّبغُ عَينٌ، وجَوَّزناه للتَّعامُل، وكالاستِصناع، فإن بيعَ الْمَعدومِ لا يَجوزُ، وإنما جَوَّزناه بالتَّعامُل[7].

---

(١) ورد النهي عن صفقتين في صفقة عند الإمام أحمد (٢٧٨٣)، وأبي داود (٣٤٦١)، والترمذي (١٢٣١)، والنسائي (٤٦٣٢)، وبعضها ورد بلفظ بيعتين في بيعة، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٢٠.

(٢) في (ب): للتوفية.

(٣) في (د): التعجيل.

(٤) في (و): يبطل.

(٥) حذوت النعل بالنعل: قدّرتها بها، وقطعتها على مثالها وقدرها. «المصباح» ١/ ١٢٦.

(٦) شِراك النعل: سيرها الذي على ظهر القدم، وشرَّكتها -بالتثقيل-: جعلت لها شِراكًا. «المصباح» ١/ ٣١١.

(٧) في (ب): للتعامل.

وشاةٍ على أنها حامِلٌ، أو تَحلُبُ كذا.

ولو اشتَرى شاةً على أنها حامِلٌ، أو على أنها تَحلُبُ كذا: فَسَد البيعُ؛ لأن فيه شرْطَ زِيادةِ عَينٍ في العَقد، ولم يُدْرَ أيكونُ أوْ لا، فيَدخُلُ فيه الغرَرُ.

أو إلى النَّيروز[1]، والْمِهرَجانِ[2]، وصومِ النَّصارى[3]، وفِطرِ اليَهودِ[4]، إن لم يُدْرَ.

---

(١) النيروز: فيعول، بفتح الفاء، والنوروز لغة، وهو معرب، وهو أول السنة، لكنه عند الفرس عند نزول الشمس أول الحمل، وعند القبط أول توت، والياء أشهر من الواو، لفقد فوعول في كلام العرب. «المصباح» ٢/ ٥٩٩.

(٢) المهرجان: عيد للفرس، وهي كلمتان: مِهْر -وِزان حمل- وجان، لكن تركبت الكلمتان حتى صارتا كالكلمة الواحدة، ومعناها محبة الروح، وفي بعض التواريخ كان المهرجان يوافق أول الشتاء، ثم تقدم عند إهمال الكبس حتى بقي في الخريف، وهو اليوم السادس عشر من مهرماه، وذلك عند نزول الشمس أول الميزان. «المصباح» ٢/ ٥٨٢.

(٣) وقال في «المصباح» ٢/ ٤٧٣: صومهم ثمانية وأربعون يومًا، ويوم الأحد الكائن بعد ذلك هو العيد، ذكر لصومهم ضابط يعرف به أوله، فإذا عرف أوله عرف الفصح، ونظم في بيتين فقيل:

إذا ما انقضى ست وعشرون ليلة ... لشهرٍ هلاليٍّ شُباطُ به يُرى
فخذ يوم الاثنين الذي هو بعده ... يكن مبتَدَا صوم النصارى مقررًا

وقيل في ضابطه أيضًا: أن تأخذ سنين ذي القرنين بالسنة المنكسرة، وتزيد عليها خمسًا أبدًا، ثم تلقيها تسعة عشر تسعة عشر، فإن بقي تسعة عشر أو دونها ضربتها في تسعة عشر، وتحفظ المرتفع، فإن زاد عن مائتين وخمسين نقصت منه واحدًا، وإلا فلا، ثم تلقيه ثلاثين ثلاثين، فإن بقي ثلاثون أو دونه ابتدأت من أول شباط، فإذا انتهى العدد في شباط أو في آذار ووافق يوم الاثنين فهو الصوم، وإلا فيوم الاثنين الذي بعده، ولا يكون فصح على فصح في آذار، ويكون في نيسان.

(٤) فطر اليهود: قال في «الدستور» ٢/ ١٨٥: اعلم أن اليهود أيضًا يصومون خمسين يومًا بأنهم يصومون شهر رمضان كله، ولا يفطرون يوم الفطر، ويتبعون صيامهم من شوال إلى تمام خمسين يومًا.

ولم يَجُز البيعُ إلى النَّيروز، والْمِهرَجانِ، وصومِ النَّصارى، وفِطرِ اليَهودِ.. إن[1] لم يَدرِ العاقِدان ذلك؛ لأن الأجَلَ مَجهولٌ، وجَهالتُه تُؤدِّي إلى النِّزاع؛ إذ البُيوعُ مَبنيَّةٌ على الْمُماكَسة والْمُضايَقةِ، حتى لو كان ذلك مَعلومًا عندَ العاقِدَين صَحّ؛ لأن المانِعَ الجَهالةُ، ولم تُوجَد.

وكذا لو كان التَّأجيلُ إلى فِطر النَّصارى بعدَما شَرَعوا في صَومهم: صَحّ؛ لأن عدَدَ أيّامِ صَومِهم مَعلومٌ، فإذا شَرَعوا في صَومهم صار وقتُ فِطرِهم مَعلومًا، فكان الأجَلُ مَعلومًا.

وقُدومِ الحاجِّ، والحَصادِ[2]، والدِّياسةِ[3]، والقِطَافِ[4]، ويُكفَلُ إليها.

ولم يَجُز البيعُ إلى قُدوم الحاجِّ، والحَصادِ، والدِّياسةِ، والقِطافِ، والجَزاز[5]؛ للجَهالة؛ لأنها تَتقدَّمُ وتَتأخَّرُ؛ لكَونها من أَفعال العِبادِ، فتَثبُتُ بحَسَب ما يَبدو لهم، والآجالُ شُرِعت بالأَوقات، قال اللهُ تَعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ﴾ [البَقَرَة: ١٨٩].

ولو كَفَلَ إلى هذه الأوقاتِ صَحّ؛ لأن هذه جَهالةٌ يَسيرةٌ مُستدرَكةٌ؛ لاختِلاف

(١) في (و): وإن.

(٢) حصد الزرعَ وغيره: أي قَطَعه، وبابه ضرب ونصر... وهذا زمن الحصاد بفتح الحاء وكسرها. «المختار» ص٧٤.

(٣) الدِّياسةُ في الطعام: أن يوطأ بقوائم الدواب، أو يكرر عليه الْمِدوس يعني الجرجر حتى يصير تِبنًا. «المغرب» ص١٧٠.

(٤) قطفت العنب ونحوه قطفًا -من بابي ضرب وقتل-: قطعته، وهذا زمن القَطاف: بالفتح والكسر، وأقطف الكرم: دنا قطافه. «المصباح» ٢/ ٥٠٩.

(٥) في (هـ) و(و): والجداد.

الصَّحابةِ رَضِوَاللَّهُعَنْهُمْ فيها[1].

ولأنها مَعلومةٌ باعتِبار أصلِها، وإنما الجَهالةُ في آخِرها، ويُمكِنُ رفعُها باعتِبار الأقصى.

والجَهالةُ اليَسيرةُ مُتحمَّلةٌ فيها لا الفاحِشةُ، كالكَفالة إلى هُبوب الرِّيح[2]؛ لأنها تُشبِهُ النَّذرَ ابتِداءً؛ لكَونها التِزامًا مَحْضًا من غَير أن يُقابِلَها شيءٌ، وفي النَّذر تُتحمَّلُ الجَهالةُ وإن كانت فاحِشةً، وهي مُعاوَضةٌ انتِهاءً باعتِبار الرُّجوعِ على[3] الْمَكفول عنه، ولا تُتحمَّلُ الجَهالةُ في الْمُعاوَضات وإن كانت يَسيرةً، فعَمِلنا بالشَّبهَين في الحالَين.

ألا تَرى أن الكَفالةَ تَحتمِلُ الجَهالةَ في أَصل الدَّينِ، حتى لو كَفَل بما ذاب له على فُلانٍ صَحّ، ففي وَصف الدَّينِ وهو أَدنى أَولى.

أما البيعُ: فلا يَحتمِلُ الجَهالةَ في أَصل الثَّمَنِ، حتى لو باع شيئًا بثمَنٍ مَجهولٍ لا يَصِحُّ، فكذا في وَصفه؛ إذ الوصفُ لا يُخالِفُ الأصلَ.

ولأن مَعنى الإفضاءِ إلى النِّزاع يَشمَلُهما، ولا مُنازَعةَ في الكَفالة؛ لأنها تَبرُّعٌ ابتِداءً، فتُبتَنى على الْمُسامَحة.

ولو باع مُطلَقًا، ثم أجَّل الثَّمَنَ إلى هذه الأوقاتِ: صَحّ؛ لأن هذا تَأجيلُ الدَّينِ[4]، والجَهالةُ في الدُّيون مُتحمَّلةٌ، بخِلاف ما لو اشتَرَطا في أَصل العقدِ؛ لأن العقدَ لا يَتحمَّلُ

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢١: روى البيهقي في كتاب «المعرفة» (١١٦٣٣) من طريق الشافعي: أخبرنا ابن عيينة عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس أنه قال: لا تبيعوا إلى العطاء، ولا إلى الأندر -البدار-، ولا إلى الدياس. انتهى.

(٢) في (ب) زيادة: ومجيء المطر.

(٣) في (ب) و(د): عن.

(٤) في (ب) زيادة: كالكفالة.

الجَهالةَ، أما إذا أجَّل بعدَ العقدِ: فقد عَرِي العقدُ عن الْمُفسِد، فيَصِحُّ.

وإن أسقط الأجَلَ قبلَ حُلولِه: صح(ز ف).

وإن أسقَط الأجَلَ قبلَ حُلولِه صَحّ، أي لو باع إلى هذه الآجالِ، ثم أسقَط الأجَلَ قبلَ أن يَأخُذَ النّاسُ في الحَصاد والدِّياسةِ، وقبلَ قُدومِ الحاجِّ: صَحَّ البيعُ، خِلافًا لزفرَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَااللَّهُ.

لهما: أن العقدَ وَقَع فاسِدًا، فلا يَنقلِبُ جائِزًا بإسقاط الْمُفسِدِ، كما لو أسقَط الدِّرهَمَ الزّائدَ عن بَيع الدِّرهَمِ بالدِّرهَمين، وكما لو تَزوَّجها إلى عَشَرة أيامٍ، ثم أسقَط الأجَلَ.

ولنا: أن الْمُفسِدَ شرطٌ خارِجٌ عن صُلب العقدِ، وقد سَقَط قبلَ التَّقرُّرِ، فيَنقلِبُ العقدُ جائِزًا.

بخِلاف الدِّرهَمِ الزّائدِ؛ لأن الفَسادَ ثَمَّ في صُلب العقدِ؛ لأنه في أحَد العِوَضَين، وبخِلاف النِّكاحِ إلى أجَلٍ؛ لأنه عقدٌ آخرُ غيرُ النِّكاحِ، وهو الْمُتعةُ، والعقدُ لا يَنقلِبُ عقدًا آخرَ.

وقولُ صاحِبِ «الْمُختصَرِ»: (فإن تَراضَيا بإسقاط الأجَلِ): وَقَع اتِّفاقًا؛ لأن رِضا من له الأجَلُ كافٍ؛ لأنه خالِصُ حقِّه، وحقُّ الإنسانِ ما يَتولّى إسقاطَه وإثباتَه.

وعبدٍ أو ذَكِيّةٍ(١) ضُمَّ إلى حُرٍّ أو مَيْتةٍ، وإن فَصَّل(س م) الثَّمَنَ.

ومن جَمَع بينَ حُرٍّ وعبدٍ، أو شاةٍ ذَكِيّةٍ وميْتةٍ، وباعهما: بَطَل البيعُ فيهما، سَمّى لكلِّ واحِدٍ منهما ثَمَنًا أو لم يُسَمِّ، عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُٱللَّهُ.

وعندَهما: إن سَمّى لكلِّ واحِدٍ ثَمَنًا صَحَّ في العَبد والذَّكِيّةِ.

---

(١) أي مُذَكّاة.

ولو جَمَع بينَ قِنٍّ ومُدبَّرٍ، ومُكاتَبٍ وأُمِّ وَلَدٍ، وعبدِه وعبدِ غيرِه، ومِلكٍ ووقفٍ: صحَّ(ز) في القِنِّ، وعبدِه، والمِلكِ.

وإن جَمَع بينَ قِنٍّ ومُدبَّرٍ، أو مُكاتَبٍ، أو أُمِّ ولَدٍ، أو بينَ عبدِه وعبدِ غيرِه: صَحَّ في القِنِّ وعبدِه بالحِصّة من الثَّمَن، خِلافًا لزفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: أن محَلَّ العقدِ المَجموعُ، ولا محَلِّيّةَ للمَجموعِ؛ لانتِفاء محَلِّيّةِ البيعِ في المُدبَّر والمُكاتَبِ وأُمِّ الولَدِ؛ لِما لهم من حقِّ العِتقِ، وقد جَعَل[1] ذلك شرطًا لقَبول العقدِ في القِنّ، فيَفسُدُ العقدُ كلُّه، كما لو جَمَع بينَ حُرٍّ وعبدٍ.

وهما اعتبَرا البعضَ بالكلّ، كما لو جَمَع بينَ أجنبيّةٍ ومَحرَمٍ في النِّكاح.

بخِلاف ما إذا لم يُسَمِّ ثَمَنَ كلِّ واحِدٍ؛ لأنه لو جاز في القِنِّ لجاز بقِسطه من الثَّمَن، وذا مَجهولٌ، والجَهالةُ مُفسِدةٌ.

وله: أنه لما جَمَع البائعُ بينَهما في الإيجاب جُعِل قَبولُ العقدِ في كلِّ واحِدٍ منهما شرطًا لقَبوله في الآخَر؛ بدَليل أن المُشتريَ لا يَملِكُ قَبولَ أحَدِهما دونَ الآخَرِ، والحُرُّ والميْتةُ لا يَدخُلان تحتَ البيعِ[2] أصلًا؛ لعَدَم الماليّةِ فيهما، فكان جاعِلًا قَبولَ العقدِ فيما لا يَقبَلُ العقدَ أصلًا شرطًا لقَبوله على العَبد والذَّكيّةِ، وهو شرطٌ فاسِدٌ، والبيعُ يَفسُدُ بالشَّرط الفاسِدِ، بخِلاف النِّكاحِ؛ لأنّه لا يَبطُلُ بالشَّرط الفاسِدِ.

وأما البيعُ في هؤلاء: فمَوقوفٌ، وقد دَخَلوا تحتَ العقدِ؛ لوُجود الماليّةِ، ولهذا يَنفُذُ في عَبد الغيرِ بإجازته، ويَنفُذُ بيعُ المُدبَّرِ وأُمِّ الولَدِ والمُكاتَبِ من أنفُسهم، وبيعُ

---

(١) في (ب): حصل.

(٢) في (و): العقد.

الْمُكاتَبِ من غَيره بِرِضاه[1] في أصَحِّ الرِّوايتَين.

ولو قَضى قاضٍ بجَواز بيعِ الْمُدبَّرِ من غَيره: يَنفُذُ قضاؤُه، وكذا في أُمِّ الولَدِ يَنفُذُ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، خِلافًا لمحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وقَضاءُ القاضِي في غَير محَلِّه لا يَنفُذ، فعُلِم أنهم دَخَلوا في العَقد، ثم خَرَج عبدُ الغيرِ باستِحقاق سَيِّدِه، وهؤلاء باستِحقاقهم أنفُسَهم، فكان هذا بيعًا بالحِصّة بقاءً.

كما لو اشتَرى عَبدَين، وهَلَك أحَدُهما قبلَ التَّسليمِ، فلم يكن شرطًا لقَبول غيرِ الْمَبيعِ، ولا بيعًا بالحِصّة ابتِداءً، ولهذا لا يُشترَطُ بَيانُ ثَمَنِ كلِّ واحِدٍ هنا.

ومَتروكُ التَّسميةِ عامِدًا كالْمَيْتة.

فإن قِيل: يَنبَغي أن يَجوزَ العقدُ فيما ضُمَّ إليه؛ لأنه مُجتهَدٌ فيه، كالْمُدبَّر، فيَنفُذُ البيعُ فيه بقَضاء القاضِي.

قُلنا: حُرمتُه مَنصوصٌ عليها[2]، ولا مَساغَ للاجتِهاد في مَورِد النَّصِّ، فلا يُعتبَرُ خِلافُه، ولا يَنفُذُ بالقَضاء.

ومن جَمَع بينَ وقفٍ ومِلكٍ، وأطلَق: صَحَّ في الْمِلك في الأصَحّ.

---

(١) في (ج): من غيره برضًا، وفي (د): من غير رضًا.

(٢) أي حرمة بيع المدبر.

روى الدارقطني (٤٢٦٤) عن نافع عن ابن عمر: أن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ قال: «المدبر لا يباع ولا يوهب، وهو حر من الثلث». قال الدارقطني: لم يسنده غير عبيدة بن حسان وهو ضعيف، وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله.

فصل في أحكام البيع الفاسد

قَبَضه ببَيعٍ فاسِدٍ بإذنٍ، وكلٌّ من عِوَضَيه مالٌ: مَلَكه(ف) إن لم يُخيِّر البائعُ بقِيمته يومَ قَبَض، وإن زاد(م)، فأتلفه.

وإذا قَبَض الْمُشتَري الْمَبيعَ ببَيعٍ فاسِدٍ بإِذن البائِعِ، وكلٌّ من عِوَضَيه مالٌ: مَلَك الْمَبيعَ إن لم يُخيِّر[1] البائعُ بقِيمته.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَىٰ: لا يَملِكُه وإن قَبَضه؛ لأنه مَحظورٌ؛ لكَونه مَنهيًّا عنه، والنَّهيُ يَقتَضي التَّحريمَ، والْمِلكُ نِعمةٌ؛ لكَونه ذَريعةً إلى قَضاء الْمَآرِبِ، ووَسيلةً إلى دَرَكِ[2] الْمَطالِبِ، فلا يُناطُ به؛ لاشتِراط الْمُلاءَمةِ بينَ الْمُؤثِّرِ والأثَرِ.

ولأن النَّهيَ نسخٌ للمَشروعيّة؛ للتَّضادِّ بينَ كونِه مَشروعًا وبينَ كونِه مَنهيًّا؛ إذ من ضَرورة كونِ الشَّيءِ مَنهيًّا أن يَكونَ قَبيحًا؛ ضَرورةَ حِكمةِ النّاهِي، ومن ضَرورة كونِه مَشروعًا أن يَكونَ حسَنًا؛ لأنه مما وَصّى به نوحًا[3]، وفي ثُبوت الْمِلكِ به وتَرتيبِ الأحكامِ عليه قولٌ بالْمَشروعيّة، وهو باطِلٌ.

ألا تَرى أنه لا يُفيدُه قبلَ القبضِ، وبه يَزدادُ الفَسادُ والحُرمةُ، فأنّى يَثبُتُ الْمِلكُ

---

(١) في (ب): لم يجبر، وفي (هـ): لم يملك.

(٢) في (و): إدراك.

(٣) يشير إلى قوله تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِۦ نُوحًا وَٱلَّذِىٓ أَوْحَيْنَآ إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِۦٓ إِبْرَٰهِيمَ وَمُوسَىٰ وَعِيسَىٰٓ﴾ الآيةَ [الشورى: ١٣].

به؟! وصار كالبَيع بالْمَيْتة، وبيعِ الخمرِ بالدَّراهِم.

ولنا: أنه تَحقَّق مَلزومُ[1] الْمِلكِ، وهو البيعُ، فيَتحقَّقُ الْمِلكُ؛ وهذا لأنه بيعٌ حَقيقةً؛ لصُدور رُكنِه، وهو مُبادَلةُ المالِ بالمال بالتَّراضِي من أَهله، فأهلُ الشَّيءِ من يَكونُ قادِرًا عليه، وهو قادِرٌ عليه لتَندفِعَ به حاجتُه، مُضافًا إلى محَلٍّ قابِلٍ لحُكمه؛ إذ الكَلامُ فيه، فيَترتَّبُ عليه حُكمُه.

والنَّهيُ الوارِدُ في التَّصرُّفات الشَّرعيّةِ يَقتَضي تَقرُّرَ الشَّرعيّةِ لا نسخَها؛ لأنه يَقتَضي تَصوُّرَ الْمَنهيِّ عنه؛ إذ النَّهيُ عما لا يُتصوَّرُ لغوٌ؛ لأنه يُرادُ به عدَمُ الفِعلِ مُضافًا إلى اختِيار العبدِ، فيَعتمِدُ تَصوُّرَه؛ ليَكونَ العبدُ مُبتلًى بينَ أن يَكُفَّ عنه باختِيارِه فيُثابَ عليه، وبينَ أن يَفعَلَه باختِياره فيُعاقَبَ عليه.

وتَصوُّرُ الْمَشروعِ بشَرعيّته، فكان النَّهيُ لِمَعنًى في غَير الْمَنهيِّ عنه، فيَصيرُ مَشروعًا بأَصله، غيرَ مَشروعٍ بوَصفه، فيَصيرُ فاسِدًا.

فبان أن نِعمةَ الْمِلكِ ما نِيطت بالْمَحظور، بل بالبَيع، وهو مَشروعٌ غيرُ مَحظورٍ، وإنما الْمَحظورُ ما يَتَّصِلُ به، وهو الشَّرطُ الفاسِدُ ونحوُه، كما في البَيع وقتَ النِّداءِ، فإن النَّهيَ[2] وَرَد ثَمَّ لِمَعنًى في غَير البيعِ، وهو الاشتِغالُ عن السَّعي بسَبَب البيعِ، والاشتِغالُ عن السَّعي غيرُ البيعِ.

فإن قِيل: ذلك البيعُ مَكروهٌ، و هذا فاسِدٌ، فما وجهُ الإلحاقِ؟

قُلنا: هما سِيّانِ في أن النَّهيَ فيهما غيرُ راجعٍ إلى عَين الْمَنهيِّ عنه، وإنما يَرجِعُ إلى

---

(١) في (و): بلزوم.

(٢) أي قول الله تعالى: ﴿إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [الجمعة: ٩].

غَيره، لكن ذلك الغيرُ هنا مُتَّصِلٌ به وصفًا، فأثَّر في الفَساد، وثَمَّ مُجاوِرٌ، فأثَّر في الكَراهة؛ إظهارًا للقُصور[1].

وإنما لا يَثبُتُ الْمِلكُ قبلَ القبضِ: لأنه لو ثَبَت قبلَه لثَبَت بلا عِوَضٍ؛ إذ الْمُسمّى لا يَجِبُ للفَساد، وضَمانُ القيمة لا يَجِبُ إلا بالقَبض.

ولأنه واجِبُ الرَّفعِ[2] والنَّقضِ بالاستِرداد بعدَ القبضِ؛ رفعًا للفَساد الْمُتَّصِلِ به، فلأَن لا يَجِبَ الْمِلكُ قبلَ القبضِ حتى يَثبُتَ الامتِناعُ عن الْمُطالَبة أَولى.

ولأن العقدَ الفاسِدَ ضَعيفٌ؛ لاقتِرانه بالقَبيح[3]، فيَتأَخَّرُ الحُكمُ إلى انضِمام ما يُقوِّيه إليه[4]، وهو القبضُ، كعَقد التَّبرُّعِ، والميْتةُ ليست بمالٍ في حقِّ أحدٍ، فلعَدَم رُكنِ البيعِ لا يَنعقِدُ العقدُ، وإذا باع الخمرَ بالدَّراهِم فقد جَعَلها مُثْمَنًا، والواجِبُ في الخَمر القِيمةُ، وهي تَصلُحُ ثَمَنًا لا مُثْمَنًا.

وشُرِط أن يَكونَ القبضُ بإِذن البائِعِ، إلا أن الإذنَ تارةً يَكونُ صَريحًا، وطَورًا يَكونُ دَلالةً، بأن يَقبِضَ بحَضرة البائِعِ في مَجلِس العقدِ وهو لا يَنهاه؛ لأن البيعَ تَسليطٌ منه على القَبض، فإذا قَبَضه بحَضرته قبلَ الافتِراقِ ولم يَنهَه: صَحَّ استِحسانًا في الصَّحيح، كما في الهِبة، وإن قَبَضه بعدَ الافتِراقِ عن الْمَجلِس لا يَصِحُّ قبضُه، ولا يَثبُتُ الْمِلكُ.

وأن يَكونَ[5] كلُّ واحِدٍ من عِوَضَيه مالًا: ليَثبُتَ رُكنُ البيعِ، وهو مُبادَلةُ المالِ

---

(١) في (ب): للمقصود.

(٢) في (أ) و(هـ): الدفع.

(٣) في (ب): بالقبح، وفي (هـ): بالفسخ.

(٤) في (ب): ما يفوته إليه، وفي (د): ما يقومه إليه.

(٥) أي وشرط أن يكون..

بالمال، فيَخرُجُ عنه البيعُ بالْمَيْتة، والدَّمِ، والحُرِّ[1]، والرِّيحِ.

والبيعُ[2] مع نفيِ الثَّمَنِ في رِوايةٍ؛ لأنه إذا نَفى الثَّمَنَ فقد نَفى الرُّكنَ عن العَقد، فلم يكن بيعًا.

وفي رِوايةٍ: يَنعقِدُ؛ لأن نفيَه لم يَصِحَّ؛ لأنه نفيٌ لحُكم العقدِ، وإذا لم يَصِحَّ نفيُه صار كأنه سَكَت عن ذِكر الثَّمنِ، ولو باع وسَكَت عن ذِكر الثَّمَنِ يَنعقِدُ البيعُ، ويَثبُتُ الْمِلكُ بالقَبض؛ لأن مُطلَقَ العقدِ يَقتَضي الْمُعاوَضةَ، فإذا سَكَت عنه كان غرَضُه[3] قِيمتَه، فكأنه باع بقِيمته.

وأن لا يَكونَ للبائِع خِيارُ الشَّرطِ؛ لأن شرطَ الخِيارِ يَمنَعُ الْمِلكَ في الجائِز، ففي الفاسِد أحَقُّ.

وإنما يَملِكُ الْمَبيعَ بقِيمته إذا كان من ذَوات القِيَمِ، فإن كان من ذَوات الأمثالِ: لَزِمه الْمِثلُ؛ لأنه مَضمونٌ بالقبض، كالغَصب.

والْمِثلُ صُورةً ومعنًى أعدَلُ من الْمِثل معنًى، فلا يُصارُ إلى الْمِثل معنًى مع إمكانِ الْمَصيرِ إلى الأوَّل.

وتُعتبَرُ قِيمتُه يومَ القبضِ، وإن زادت قِيمتُه في يَده، فأتلَفه؛ لأنه دَخَل في ضَمانه بالقَبض، فلا يَتغيَّرُ، كالْمَغصوب.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: عليه قِيمتُه يومَ أتلَفه؛ لأنه بالاستِهلاك تَقرَّر عليه قِيمتُه، فتُعتبَرُ[4] قِيمتُه حينَئذٍ، ولكلِّ واحِدٍ من الْمُتعاقِدَين فسخُه قبلَ القبضِ بمَحضَرٍ من

(١) في (ب): والخمر والحر.

(٢) أي ويخرج عنه البيع..

(٣) في (ب) و(و): عرضه.

(٤) في (و): فتصير.

الآخَر؛ رفعًا لسَبَب الفَسادِ.

وهذا لأنه لَمَّا لم يُفِد حُكمَه كان الفسخُ امتِناعًا عنه، ولكنه تَوقَّف على حَضرته: لأنه إلزامُ مُوجَبِ[1] الفسخِ، فلا يَلزَمُه إلا بعِلمه.

وكذا بعدَ القبضِ إن كان الفَسادُ في صُلب العقدِ، بأن باع بخمرٍ أو خِنزيرٍ؛ لقُوّة الفَسادِ، فيَجِبُ إعدامُه حقًّا للشَّرع.

وإن كان الفَسادُ بشرطٍ زائِدٍ، بأن باع إلى أجَلٍ مَجهولٍ: فلمن له مَنفَعةُ الشَّرطِ دونَ من عليه عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن مَنفَعةَ الشَّرطِ إذا كانت عائِدةً إليه صَحَّ الفسخُ منه[2]؛ لأنه يَقدِرُ أن يُسقِطَ الأجَلَ، فيَصِحُّ العقدُ، فإذا فَسَخ الآخَرُ فقد أبطَل حقَّه؛ لقُدرته على تَصحيح العقدِ.

ولكلٍّ فسخُه، إلا أن يَبيعَ، أو يَهَبَ، أو يُحرِّرَ، أو يَبنيَ (س م).

وعندَهما: لكلِّ واحدٍ من الْمُتعاقِدَين الفسخُ؛ لأنه مُستحَقٌّ حقًّا للشَّرع، فانتَفى اللُّزومُ عن العَقد، ومَن له الخِيارُ قادِرٌ على تَصحيحه بالحَذف، والكَلامِ قبلَه.

إلا أن يَبيعَ، أو يَهَبَ، أو يُحرِّرَ، أو يَبنيَ.

والأصلُ: أن الْمُشترَىٰ شِراءً فاسِدًا إذا قَبَضه وتَصرَّف فيه نَفَذ تَصرُّفُه، ويَنقطِعُ حقُّ البائِعِ في الاستِرداد، سَواءٌ كان تَصرُّفًا لا يَحتمِلُ النَّقضَ، كالتَّحرير والتَّدبيرِ، أو يَحتمِلُه، كالبَيع ونحوِه، إلا الإجارةَ والنِّكاحَ، فإنهما لا يَقطَعان حقَّ البائِعِ في الاستِرداد.

ثم قِيل: الْمُشتَري لا يَملِكُ العَينَ، ولكن يَملِكُ التَّصرُّفَ؛ لأنه سَلَّطه عليه، ولهذا لو كان الْمَبيعُ أمةً حَرُم وطؤُها.

---

(١) في (و): يوجب.

(٢) في (أ): كان الفسخ منه صحيحًا.

والْمُختارُ: أنه يَملِكُ العَينَ كما يَملِكُ التَّصرُّفَ؛ بدَليل أن الأبَ أو الوَصِيَّ إذا باع عبدًا لليَتيم[1] بيعًا فاسِدًا، وقَبَضه الْمُشتَري، وأعتَقه: صَحَّ عَتقُه، ولو كان عَتقُ الْمُشتَري على وَجه التَّسليطِ لَمَا صَحّ؛ لأنهما لا يَملِكان التَّسليطَ على الإعتاق.

إذا ثَبَت هذا فنَقولُ: إذا باعه الْمُشتَري نَفَذ بيعُه؛ لأنه مَلَكه، وسَقَط حقُّ الاستِردادِ؛ لتَعلُّق حقِّ العبدِ بالبَيع الثّانِي، ونُقِض الأوَّلُ لحقِّ الشَّرعِ، وحقُّه إذا اجتَمَع مع حقِّ العبدِ يُقدَّمُ حقُّ العبدِ؛ لأن اللهَ تَعالى أغنَى، والعفوُ عنه أَرجى، لا تَهاوُنًا بحقِّ[2] الشَّرعِ.

ولأن الأوَّلَ مَشروعٌ بأَصله دونَ وصفِه؛ لِما مَرّ، والثّانيَ مَشروعٌ بأَصله ووصفِه، فكان الثّانِي أَقوى.

ولأنه حَصَل بتَسليطٍ من جِهة البائِعِ، فلا يَملِكُ نقْضَه؛ لأن سعيَ الإنسانِ في نَقض ما تَمَّ من جِهَته مَردودٌ.

بخِلاف تَصرُّفِ الْمُشتَري في الدّار الْمَشفوعةِ؛ حيث يَملِكُ الشَّفيعُ نقْضَه؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما حقُّ العبدِ، والشَّفيعُ مُقدَّمٌ على الْمُشتَري، فكذا على من قام مَقامَه، واستَويا في الْمَشروعيّة، ولم يَحصُل بتَسليطٍ من الشَّفيع، فلا يَكونُ سعيًا في نَقض ما تَمَّ من جِهَته.

وكذا لو وَهَبه وسَلَّمه، أو أعتَقه: صَحّ، ويَنقطِعُ حقُّ الاستِردادِ، وتَلزَمُه القِيمةُ في جَميع ما ذَكَرنا؛ لِما مَرّ.

والكِتابةُ والرَّهنُ كالبَيع؛ لأنهما لازِمان، فيَثبُتُ عجزُه عن ردِّ العَينِ، فتَلزَمُه القِيمةُ، إلا أنه يَعودُ حقُّ الاستِردادِ بعَجز الْمُكاتَبِ وفكِّ الرَّهنِ؛ لزَوال المانِعِ قبلَ تَحوُّلِ الحقِّ

(١) في (ب): عبد اليتيم.

(٢) في سوى (أ): لحق.

إلى القِيمة، والرُّجوعِ فِي الهِبة بقَضاءٍ أو بغَيره؛ لأنه عاد إليه قَديمُ مِلكِه في الوَجهَين، والرَّدِّ عليه بعَيبٍ قبلَ القَضاءِ بالقِيمة؛ لِما مَرّ.

ولو آجَرها: له أن يَنقُضَ الإجارةَ ويَرُدَّها؛ لأنها تُفسَخُ بالأَعذار، ورفعُ الفَسادِ عُذرٌ، ألا تَرى أن الْمُشترِيَ إذا آجَر الْمَبيعَ، ثم وَجَد به عَيبًا: له نقضُ الإجارةِ ليَرُدَّه، فهنا أَولى، ولأنها تَنعقِدُ ساعةً فساعةً، فيَكونُ الرَّدُّ امتِناعًا بالإضافة إلى الْمَنافِع التي لم تَحدُث.

ولو بَنَى فِي دارٍ اشتَراها شِراءً فاسِدًا، أو اتَّخَذها مَسجِدًا: عليه قِيمتُها، ويَنقطِعُ حقُّ الاستِردادِ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وعندَهما: يُنقَضُ البِناءُ، وتُرَدُّ الدّارُ على صاحِبها.

ويَأخُذُ الشَّفيعُ بِقيمتها عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وعندَهما: لا شُفعةَ فيها.

والغرسُ على هذا الاختِلافِ.

لهما: أن حقَّ البائِعِ في الاستِرداد بالفَساد فوقَ حقِّ الشَّفيعِ في الشُّفعة؛ ألا تَرى أن هذا لا يَبطُلُ بالتَّأخير، وذا يَبطُلُ به، وهذا يَصِحُّ بلا قَضاءٍ ولا رِضًا، وذا لا يَصِحُّ إلا بقَضاءٍ أو رِضًا، وهذا يُورَثُ، وذا لا يُورَثُ.

ثم ذلك الحقُّ مع ضَعفِه لا يَبطُلُ بالبِناء والغَرس، بل يُنقَضُ البِناءُ والغرسُ لحقِّ الشَّفيعِ، فلأَن لا يَبطُلَ هذا الحقُّ مع قُوّتِه، ويُنقَضَ البِناءُ والغرسُ به.. أَولى.

وله: أن هذا أمرٌ حَصَل بتَسليط البائِعِ؛ لأنه سَلَّطه على التَّصرُّف ورَضِي به، والبِناءُ والغرسُ من جِنسِ ما يَدومُ، فيَقطَعُ حقَّ الاستِردادِ، كالبَيع والهِبةِ.

بخِلاف حقِّ الشَّفيعِ؛ لأنه لا تَسليطَ منه، وحقُّه وإن ضَعُف فلا يَبطُلُ بلا إبطالٍ منه، ولهذا لا يَبطُلُ بهِبة الْمُشترَى وبيعِه، فكذا بِبنائه.

وشَكَّ يَعقوبُ في «الجامعِ الصَّغيرِ» في حِفظ الرِّوايةِ عن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، لا في الاختِلاف؛ فإن حقَّ الشُّفعةِ مَبنيٌّ على انقِطاع حقِّ البائِعِ بسَبَب البِناءِ.

وثُبوتُ حقِّ الشُّفعةِ على الاختِلاف، فعندَه: يَأخُذُ الشَّفيعُ بقِيمتها، وعندَهما: لا شُفعةَ فيها.

وطاب للبائِع ما رَبِح، لا للمُشتَري.

وطاب للبائِع ما رَبِح لا للمُشتَري، أي لو اشتَرى أمةً شِراءً فاسِدًا بألف دِرهَمٍ، وتَقابَضا، ورَبِح كلُّ واحِدٍ منهما فيما قَبَض: طاب للبائِع ما رَبِح في الثَّمَن، ولا يَطيبُ للمُشتَري ما رَبِح فيها، بل يَتصدَّقُ بالرِّبح.

وأصلُه: أن الخُبثَ نَوعان: خُبثٌ لعَدَم الْمِلكِ ظاهِرًا، وخُبثٌ لفَسادٍ في الْمِلك، والمالَ نَوعان: ما يَتعيَّنُ، كالعُروض، وما لا يَتعيَّنُ، كالنُّقود.

فالخُبثُ لعَدَم الْمِلكِ يَعمَلُ في النَّوعَين، كالْمُودَع أو الغاصِبِ إذا تَصرَّف في العَرْض والنَّقدِ ورَبِح: يَتصدَّقُ بالرِّبح عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ؛ لتَعلُّق العقدِ بمال غيرِه ظاهِرًا فيما يَتعيَّنُ، فتَتمكَّنُ حَقيقةُ الخُبثِ، وفيما لا يَتعيَّنُ تَتمكَّنُ شُبهةُ الخُبثِ؛ لتَعلُّق العقدِ به من حيث سَلامةُ الْمَبيعِ به أو تَقديرُ الثَّمَنِ، فصار مِلكُ الغيرِ وَسيلةً إلى الرِّبح من وجهٍ، فيَتمكَّنُ فيه شُبهةُ الخُبثِ.

وأما الخُبثُ لفَساد الْمِلكِ: فيَعمَلُ فيما يَتعيَّنُ لا فيما لا يَتعيَّنُ؛ لأن فَسادَ الْمِلكِ دونَ عدمِ الْمِلكِ، فتَنقلِبُ حَقيقةُ الخُبثِ فيما يَتعيَّنُ ثَمَّ شُبهةً هنا، فتُعتبَرُ، وشُبهتُه فيما لا يَتعيَّنُ ثَمَّ تَنقلِبُ شُبهةَ الشُّبهةِ هنا، فلا تُعتبَرُ.

ولو ادَّعى نقدًا، وقُضِي، فبان أنه لا شيءَ: طاب رِبحُه.

ولو ادَّعى على آخرَ ألفَ دِرهَمٍ، فقَضاه الألفَ، وتَصرَّف القابِضُ فيه، ورَبِح، ثم تَصادَقا أنه لم يكن عليه دَينٌ: طاب له رِبحُه؛ لأنه مَلَك المَقبوضَ مِلكًا فاسِدًا؛ لأنه بمَنزِلة بدَلِ المُستحَقِّ، فإن وُجوبَ الدَّينِ بالتَّسمِية، أي بتَصادُقهما أوَّلًا.

فإذا تَصادَقا بعدَ التَّسميةِ أنه لم يكن عليه: صار بمَنزِلة ما لو استُحِقَّ الدَّينُ، فيَفسُدُ المِلكُ في عِوَضه؛ لأن بدَلَ المُستحَقِّ مَملوكٌ مِلكًا فاسِدًا، كما لو باع أمةً بألفٍ، وتَقابَضا، فاستُحِقَّت الأمةُ: كان الثَّمَنُ مَملوكًا للبائِع مِلكًا فاسِدًا؛ لوُجوب ردِّه عليه، ولكن لا يَطُلُ، فتَتمكَّنُ فيه شُبهةُ عدَمِ المِلكِ، ولو حَصَل الرِّبحُ من دَراهِمَ غيرِ مَملوكةٍ تَمكَّنُ في الرِّبح شُبهةُ الخُبثِ، فإذا حَصَل من دَراهِمَ فيها شُبهةُ عدَمِ المِلكِ كان فيه شُبهةُ شُبهةِ الخُبثِ، فلا تُعتبَرُ.

اشتَرى، او استأجَر، أو ارتهَنَ.. فاسِدًا: حَبَسه بالبَدَل، لا بدَينٍ سَبَق[1]، وفي الباطِل: وَقَع الباطِلُ[2]، وقُدِّم على الغُرَماء، كالجائِز.

ولو اشتَرى، أو استَأجَر، أو ارتَهَن.. فاسِدًا: حَبَسه بالبَدَل الذي دَفَع إلى البائِع، والمُؤْجِرِ، والرّاهِنِ، لا بدَينٍ كان له عليه قبلَ هذه العُقودِ.

اعلَم أنه إذا اشتَرى من رَجُلٍ عبدًا بأَلف دِرهَمٍ ورِطْلٍ من خمرٍ، وتَقابَضا، ثم نَقَض البائِعُ البيعَ بحُكم الفَسادِ، وأَراد أن يَأخُذَ عبدَه من المُشتَري: فللمُشتَري منعُ العبدِ منه حتى يَرُدَّ[3] الثَّمَنَ عليه؛ لأن البيعَ الفاسِدَ مُلحَقٌ بالجائِز في الأَحكام، ولو كان البيعُ جائِزًا ثُمَّ فَسَخا[4] العقدَ: فللمُشتَري حقُّ حبسِ العبدِ إلى أن يَستوفيَ الثَّمَنَ من البائِع،

(١) سقطت من (م) و(ف).

(٢) قوله: (وقع الباطل) مثبت من (ع).

(٣) في (د): يقرر.

(٤) في (د): فسخ.

كذا هنا.

وهذا لأن الْمَبيعَ مُقابَلٌ به وإن كان البيعُ فاسِدًا، فيَصيرُ مَحبوسًا به، فكان أحَقَّ به، كما في الرَّهن.

وكذا لو استَأجَر إجارةً فاسِدةً، بأن استَأجَر عبدًا ليَخدُمَه شهرًا بمِائة دِرهَمٍ ورِطْلٍ من خمرٍ، وتَقابَضا، ثم أَراد الْمُؤْجِرُ أن يَنقُضَ الإجارةَ بحُكم الفَسادِ: له ذلك، وللمُستأجِر حقُّ حبسِ العبدِ لاستِرداد الأُجرةِ.

وكذا لو أقرَضه ألفًا، وارتَهَن من الْمُستقرِض رهنًا فاسِدًا، بأن رَهَن نِصفَ دارِه، ثم نَقَض الرّاهنُ الرَّهنَ بحُكم الفَسادِ: فللمُرتهِن أن يَحبِسَ الرَّهنَ حتى يَستوفِيَ الدَّينَ؛ لأن الْمُرتهِنَ إنما استَفاد اليدَ على الرَّهن بمُقابَلة الدَّينِ الذي أقرَضه، فكان له حقُّ حبسِه، كما في الرَّهن الصَّحيحِ إذا تَفاسَخا الرَّهنَ.

ولو اشتَرى من مَديونه بدَينٍ له عليه سابِقٍ عبدًا شِراءً فاسِدًا، وقَبَض العبدَ بإذن البائِعِ، فأَراد البائِعُ استِردادَ العبدِ بحُكم الفَسادِ: ليس للمُشتَري أن يَحبِسَ العبدَ لاستِيفاء ما لَه عليه من الدَّين، بخِلاف الصَّحيحِ.

وكذا لو كانت الإجارةُ بدَينٍ سابِقٍ عليها، وقَبَض الْمُستأجِرُ العبدَ، ثم فَسَخ الْمُؤْجِرُ الإجارةَ بحُكم الفَسادِ: له أن يَستردَّ العبدَ قبلَ إيفاءِ الأجرِ، وليس للمُستأجِر حقُّ الحبسِ بالأُجرة، بخِلاف الإجارةِ الصَّحيحةِ.

وكذا لو كان الرَّهنُ الفاسِدُ بدَينٍ سابِقٍ على الرَّهن، وسَلَّمه، ثم أَراد الرّاهنُ أن يَستردَّه: له ذلك، بخِلاف الصَّحيحِ.

والفرقُ: أن البيعَ إذا أُضِيف إلى الدَّراهِم لا يَتعلَّقُ بعَين تلك الدَّراهِم، وإنما يَتعلَّقُ بمِثلها في الذِّمّة، جائِزًا أو فاسِدًا، إلا أن في الجائِز يَثبتُ الْمِلكُ في الثَّمن بمُجرَّد العقدِ،

فإذا وَجَب للمَديون على الْمُشتَري مِثْلُ الدَّينِ صار الثَّمَنُ قِصاصًا؛ لاستِوائهما قَدْرًا ووصفًا، فيَصيرُ البائعُ مُستوفِيًا ثَمَنَه بطَريق الْمُقاصّةِ، فاعتُبِر بما لو استَوفاه حَقيقةً، وثَمَّ للمُشتَري حقُّ حبسِ الْمَبيعِ إلى أن يَستوفيَ الثَّمَنَ، كذا هنا.

وفي الفاسِد لم يَملِك الثَّمَنَ، بل تَجِبُ قِيمةُ الْمَبيعِ عندَ القبضِ، والقِيمةُ قبلَ القبضِ غيرُ مُتقرِّرةٍ؛ لاحتِمالها السُّقوطَ كلَّ ساعةٍ بالفَسخ.

ولأن القِيمةَ قد تكونُ من جِنس الدَّينِ وقد لا تكونُ، ودَينُ الْمُشتَري على البائِع مُتقرِّرٌ، والْمُقاصّةُ إنما تكونُ عندَ استِواءِ الواجِبَين وصفًا، ولهذا لا تَقَعُ الْمُقاصّةُ بينَ الحالِّ والْمُؤجَّلِ، والجيِّدِ والرَّديءِ.

وإذا لم تَقَع الْمُقاصّةُ لم يَصِر البائعُ مُستوفيًا الثَّمَنَ أصلًا، فلا يَكونُ للمُشتَري حقُّ حبسِ الْمَبيعِ بعدَ فسخِ البيعِ.

ولو كان الرَّهنُ باطِلًا، بأن استَقرَض ألفًا، ورَهَن به أُمَّ ولَدٍ أو مُدبَّرًا: له أن يَستردَّه قبلَ قَضاءِ الدَّينِ؛ لأن رَهْنَهما باطِلٌ، فلم يَنعقِد الرَّهنُ عليهما أصلًا، فله استِردادُه قبلَ أداءِ المالِ.

وقُدِّم الْمُشتَري، أو الْمُرتهِنُ، أو الْمُستأجِرُ.. على الغُرَماء في الفاسِد من هذه العُقودِ، كما في جائزِها؛ اعتِبارًا للفاسِد بالصَّحيح؛ وهذا لأنه كان أحَقَّ به من البائِع والرّاهِنِ والْمُؤْجِرِ في حَياتهم، وحقُّ الغُرَماءِ إنما يَثبُتُ من جِهَتهم، فيَكونُ أحَقَّ به منهم.

ثم إن كانت دَراهِمُ الثَّمَنِ قائِمةً: أخَذها بعَينها؛ لتَعيُّنها بالبَيع الفاسِدِ.. في الصَّحيح، بخِلاف ما يُروى: أنها لا تَتعيَّنُ، كما في الصَّحيح؛ لأنه كالغَصب في حُكم[1] النَّقضِ والاستِردادِ.

وإن كانت مُستهلَكةً: أخَذ مِثلَها.

(١) في (د): حق.

فصل فيما يكره

وكُرِه النَّجْشُ[1]، والسَّومُ[2] على سَوم غيرِه، وتَلقِّي الجَلَبِ[3]، وبيعُ الحاضِرِ للبادِي[4]، والبيعُ عندَ أذانِ الجُمُعةِ.

وكُرِه النَّجْشُ؛ لقوله عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا تَناجَشوا»[5].

وهو بفَتحتَين، ورُوِي بالسُّكون، وهو: أن تَستامَ السِّلعةَ بأزيَدَ من ثَمَنها، ولا تُريدَ

(١) نجش الرجل نَجْشًا -من باب قتل-: إذا زاد في سلعة أكثر من ثمنها، وليس قصده أن يشتريها، بل ليغُرّ غيره فيوقعه فيه، وكذلك في النكاح وغيره، والاسم النَّجَش بفتحتين... وأصل النجش الاستار؛ لأنه يستر قصده. «المصباح» ٢/ ٥٩٤.

النَّجْشُ بفتحتَين ويُسكَّن: أن يزيدَ ولا يُريدَ الشِّراء، أو يَمدَحَه بما ليس فيه ليُروِّجَه. «الدر المنتقى» ٣/ ٤٦٥.

(٢) سام البائع السلعة: عَرَضها وذكر ثمنها، وسامها المشتري: بمعنى استامها، سَومًا، ومنه: «لا يسوم الرجل على سوم أخيه»، أي لا يشتري، وروي: «لا يستام ولا يبتاع».

السوم: طلب المبيع بالثمن الذي تقرر به البيع. «التعريفات» ص١٢٣.

(٣) الجَلَب بفتحتين: فِعلٌ بمعنى مفعول، وهو ما تجلبه من بلد إلى بلد. «المصباح» ١/ ١٠٤.

وهو بمعنى المجلوب، أو الجالب. «الدر المنتقى» ٣/ ٤٦٥.

(٤) الحاضر: المقيم في المدن والقرى، والبادي: المقيم بالبادية. «المطلع» ص٢٧٧.

بيع الحاضر للبادي: هو أن يقول الحاضر لمن يقدم من البادية بمتاع ليبيعه بسعر يومه: اتركه عندي لأبيعه لك بأغلى. «التعريفات الفقهية» ص٤٨.

(٥) رواه البخاري (٦٠٦٦)، ومسلم (١٤١٣).

شِراءَها؛ تَرغيبًا لغَيرِك في الثَّمَنِ الزّائدِ.

والسَّومُ على سَومِ غيرِه؛ لقَولِه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا يَستامُ الرَّجُلُ على سَومِ أخِيه، ولا يَخطُبُ على خِطبةِ أخِيه»[1]، وهو: أن يَزيدَ في الثَّمَنِ بعدَ تَقرُّرِه لإرادةِ الشِّراءِ.

وهذا إذا رَضِيَ العاقِدانِ على مَبلَغِ ثَمَنٍ، فأما إذا ساوَمَه بشيءٍ، ولم يَركَن أحَدُهما إلى صاحِبِه: فلا بأسَ للغَيرِ أن يُساوِمَه ويَشترِيَه؛ لأن هذا بيعُ من يَزيدُ، ولا بأسَ به؛ لوُرودِ الأثَرِ[2]، وهو مَحمِلُ النَّهيِ في الخِطبةِ أيضًا.

و«لا يَستامُ»: نَهيٌ بصِيغةِ النَّفيِ، وهو أبلَغُ.

وتَلقِّي الجَلَبِ، أي المَجلوبِ، للنَّهيِ عنه[3].

وهذا إذا تَلقَّى واحِدٌ من أهلِ المِصرِ إلى جَماعةٍ جاؤُوا بالطَّعامِ إلى هذا المِصرِ، وهم مُحتاجون إليه؛ لِما فيه من تَضييقِ الأمرِ على الحاضِرين، فإن كان لا يُضِرُّ فلا بأسَ به، إلا إذا لَبَّسَ السِّعرَ على الوارِدين، واشتَرى منهم بأرخَصِ الثَّمَنَين، فحينَئذٍ يُكرَهُ؛ لِما فيه من تَعمِيةِ الأسعارِ على الوارِدين والإضرارِ بهم.

وبيعُ الحاضِرِ للبادِي؛ لقَولِه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا يَبيعُ الحاضِرُ للبادِي»[4].

---

(١) رواه البخاري (٢١٤٠)، ومسلم (١٤١٣).

(٢) عن أنس بن مالك رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ باع حِلسًا وقَدَحًا، وقال: «من يشتري هذا الحلس والقدح؟»، فقال رجل: أخذتهما بدرهم، فقال النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من يزيد على درهم، من يزيد على درهم؟»، فأعطاه رجل درهمين: فباعهما منه.

رواه الإمام أحمد (١٢١٣٤)، وأبو داود (١٦٤١)، والترمذي (١٢١٨)، والنسائي (٤٥٠٨)، وابن ماجه (٢١٩٨).

(٣) البخاري (٢١٦٤)، ومسلم (١٥١٨).

(٤) رواه البخاري (٢١٥٨)، ومسلم (١٥٢١). بالتنكير في الحاضر والباد.

وهذا إذا كان أهلُ البلَدِ في قَحْطٍ، وهو يَبيعُ من أَهل البدوِ رَغبةً في الثَّمَن الغالِي، فيُكرَهُ؛ لأنه إضرارٌ بهم، فإن لم يكن كذلك فلا بأسَ به؛ لعَدَم الإضرارِ.

وقِيل: صُورتُه: أن يَجيءَ البادِي بالطَّعام إلى مِصرٍ، فيَستوكِلَ الحاضِرُ عن البادِي، ويَبيعَ الطَّعامَ، ويُغاليَ السِّعرَ على النّاس، فإنه مَنهيٌّ عنه[1]؛ لأنه لو تَركه لباع بنَفسه ورَخَّص في السِّعر.

والبيعُ عندَ أذانِ الجُمُعةِ؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ﴾ [الجُمُعَة: ٩].

ولأن فيه إخلالًا بالسَّعي الواجِبِ على بَعض الوُجوهِ، بأن قَعَدا عندَ البيعِ، أو وَقَفا، بخِلاف ما لو كانا ماشِيَين.

والْمُعتبَرُ الأذانُ بعدَ الزَّوالِ.

وإنما كُرِه البيعُ في جَميع هذه الصُّوَرِ ولا يَفسُدُ: لأن النَّهيَ باعتِبار معنًى مُجاوِرٍ للبَيع لا في صُلبه، ولا في شَرائِط صِحّتِه، والنَّهيُ الوارِدُ لِمَعنًى مُجاوِرٍ لا يَقتَضي الفَسادَ، بل يَقتَضي الكَراهةَ.

وقولُ صاحِبِ «الهِدايةِ» رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (لأن الفَسادَ في معنًى خارِجٍ) مُشكِلٌ، إلا أن

---

(١) أي إغلاء الأسعار على المسلمين.

ومما ورد من النهي مع الوعيد على ذلك: ما رواه الحاكم (٢١٦٨) عن معقل بن يسار قال: سمعت رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغلي عليهم، كان حقًّا على الله أن يقذفه في معظم جهنم، رأسُه أسفلُه». وقال الحاكم بعده: هذه الأحاديث الستة طلبتها وخرجتها في موضعها من هذا الكتاب احتسابًا لما فيه الناس من الضيق، والله يكشفها، وإن لم يكن من شرط هذا الكتاب.

ورواه الإمام أحمد (٢٠٣١٣)، والطبراني (٤٨٠).

وروى الحاكم من ضمن الأحاديث الستة التي أشار إليها (٢١٦٦) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من احتكر يريد أن يتغالى بها على المسلمين فهو خاطئ، وقد برئ منه ذمة الله».

يُؤَوَّلَ بما ذَكَرنا.

لا بيعُ من يَزيدُ.

ولا بأسَ ببَيع من يَزيدُ، وتَفسيرُه: ما بَيَّنا، لأنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ باع قَدَحًا وحِلسًا[1] ببَيع من يَزيدُ[2].

ولأن حاجةَ الفُقَراءِ ماسّةٌ إلى هذا البَيع، فيَجوزُ؛ دفعًا لحاجتهم.

ولا يُفرَّقُ بينَ صَغيرٍ[3] وذِي رَحِمٍ مَحرَمٍ منه.

ولا يُفرَّقُ بينَ صَغيرٍ وذي رَحِمٍ مَحرَمٍ منه، بخِلاف الكَبيرَين والزَّوجَين.

والأصلُ: أن من مَلَك مَملوكَين، وأحَدُهما صَغيرٌ، أو كانا صَغيرَين.. وأحَدُهما ذو رَحِمٍ مَحرَمٍ من الآخَر: لم يُفرِّق بينَهما؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من فرَّق بينَ والِدةٍ وولَدِها فرَّق اللهُ تَعالى بينَه وبينَ أحِبَّتِه يومَ القِيامةِ»[4].

ووَهَب النَّبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لعليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أخوَين صَغيرَين، ثم لَقِيَه بعدَ ذلك فقال: «ما فَعَل الغُلامان؟»، فقال: بِعتُ أحَدَهما، فقال: «أدرِكْ أدرِكْ»، وفي رِوايةٍ: «اردُد اردُد»[5].

---

(١) القدح: الذي يشرب فيه. «المختار» ص٢٤٨.

والحلس: كساء يجعل على ظهر البعير، تحت رحله، والجمع أحلاس، مثل: حِمل وأحمال، والحلس بساط يبسط في البيت. «المصباح» ١/ ١٤٦، والأخير هو المقصود هنا.

(٢) رواه الإمام أحمد (١٢١٣٤)، وأبو داود (١٦٤١)، والترمذي (١٢١٨)، والنسائي (٤٥٠٨)، وابن ماجه (٢١٩٨).

(٣) في (ع): صغيرين.

(٤) رواه الإمام أحمد (٢٣٤٩٩)، والترمذي (١٥٦٦)، ورواه الدارقطني (٣٠٤٨) بلفظ الوالد والولد.

(٥) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٥: أخرجه الترمذي (١٢٨٤) وابن ماجه (٢٢٤٩) عن الحجاج بن=

ولأن الصَّغيرَ يَستأنِسُ بالصَّغير وبالكَبير، والكَبيرُ يُشفِقُ على الصَّغير ويَقومُ بحَوائِجه باعتِبار الشَّفَقةِ النّاشئةِ من قُرب[1] القَرابةِ، ففي التَّفريق بينَهما إيحاشُ الصَّغيرِ وتركُ التَّرحُّمِ عليه، وقد قال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من لم يَرحَم صَغيرَنا، ولم يُوقِّر كَبيرَنا.. فليس منّا»[2].

فإن قِيل: أليس أن الحَربيَّ إذا دَخَل دارَنا بغُلامَين أخوَين صَغيرَين بأمانٍ، فأَراد أن يَبيعَ أحَدَهما: فلا بأسَ بشِرائه منه، وإن كان فيه تَفريقٌ؟

قُلنا: لأنه لو لم يَشترِ منه لعاد به إلى دار الحربِ، ويَتمكَّنَ منه، وشِراؤُه منه أنظَرُ من مُراعاة التَّفريقِ.

والمنعُ مَعلولٌ بالقَرابة الْمُحرِّمةِ للنّكاح، حتى لا يَدخُلَ فيه مَحرَمٌ غيرُ قَريبٍ، كامرَأة الأبِ، ولا قَريبٌ غيرُ مَحرَمٍ، كابن العمِّ.

= أرطاة عن الحكم بن عتيبة عن ميمون بن أبي شبيب عن علي قال: وهب لي رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ غلامين أخوين، فبعت أحدهما، فقال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يا علي! ما فعل غلامك؟» فأخبرته، فقال: «رده رده». انتهى. قال الترمذي: حديث حسن غريب. انتهى. قال أبو داود في «سننه» ٤/ ٣٣٢: ميمون بن أبي شبيب لم يدرك عليًّا، فإنه قتل بالجماجم سنة ثلاث وثمانين. انتهى.

طريق آخر: أخرجه الدارقطني في «سننه» (٣٠٤٠) والحاكم في «المستدرك» (٢٣٣١) عن شعبة عن الحكم بن عيينة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي، قال: قدم على النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سبي، فأمرني ببيع أخوين، فبعتهما وفرقت بينهما، ثم أتيت النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأخبرته، فقال: «أدركهما فارتجعهما، وبعهما جميعًا، ولا تفرق بينهما». انتهى. قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه، قال ابن القطان في «كتابه»: ورواية شعبة لا عيب بها، وهي أولى ما اعتمد في هذا الباب. انتهى.

(١) في (و): من جهة قدر.

(٢) رواه الترمذي (١٩١٩) والطبراني (١٢٢٧٦) كلاهما بتقديم قوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ليس منا» على باقي الحديث.

بخِلاف الكَبيرَين، والزَّوجَين.

ولا الكَبيران؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما يَقومُ بحَوائِجه، وربما لا يَستأنِسُ أحَدُهما بالآخَر، بل يَتأذَّى أحَدُهما من الآخَر بإِحسان السَّيِّدِ إلى أحَدهما، وفَرَّق النَّبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بينَ مارِيةَ وسِيرينَ، وكانتا أمتَين أُختَين[1].

ولا الزَّوجان، وإن كانا صَغيرَين؛ لعَدَم هذه القَرابةِ، والنَّصُّ وَرَد بخِلاف القِياسِ؛ لوُجود المُطلِقِ للبَيع في القَرابة المُحرِّمةِ للنِّكاح، فيُقتصَرُ عليها.

ولا بُدَّ من اجتِماعهما في مِلكه، حتى لو كان أحدُ الصَّغيرَين له، والآخَرُ لابنه الصَّغيرِ، وهو في حِجْره: له أن يُفرِّقَ بينَهما في البَيع؛ لأن المِلكَ مُتفرِّقٌ، فلا يَلحَقُه نهيُ التَّفريقِ وهو مُتفرِّقٌ.

ولو كان التَّفريقُ بحقٍّ مُستحَقٍّ يَجوزُ، كدَفع أحَدِهما بالجِناية، وبيعِه بالدَّين، وردِّه بالعَيب، بأن اشتَراهما لنَفسه، فوَجد بأحَدهما عَيبًا: له أن يَرُدَّه ويُمسِكَ الثَّانيَ؛ لأن المنعَ عن التَّفريق لدَفع الضَّرَرِ عن الصَّغير، ولا يَجوزُ دفعُ الضَّرَرِ عن شخصٍ على وجهٍ يَلتحِقُ الضَّرَرُ بشخصٍ آخر، فإذا تَعلَّق بأحَدهما حقٌّ فالمنعُ عن إيفاء الحقِّ إضرارٌ بصاحِب الحقِّ.

وبيعَ الأبعَدِ لو قَريبان.

وبيعَ الأبعَدُ لو قَريبان، أي لو كان مع الصَّغيرِ قَريبان أحَدُهما أقرَبُ، كما لو كان

---

(١) عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: أهدى أمير القبط لرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جاريتين أختين وبغلة، فأما البغلة: فكان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يركبها، وأما إحدى الجاريتين: فتسراها، فولدت إبراهيم، وأما الأخرى: فأعطاها حسان بن ثابت الأنصاري. رواه البزار (٤٤٢٣)، والطبراني في «الأوسط» (٣٥٤٩)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٢٥٦٩).

مع الأمِّ أو الجدّةِ عمّةٌ، أو خالةٌ، أو أخٌ، أو مع الأُختِ لأبٍ وأمٍّ أُختٌ لأبٍ أو لأمٍّ: يُباعُ الأبعَدُ؛ لأن شَفَقةَ الأبعَدِ عندَ مُقابَلةِ الأقرَبِ كالمَعدوم.

وإن استَويا واتَّحَدت جِهةُ القَرابةِ: كَفى واحِدٌ، وإلا لا، كأُختٍ لأبٍ وأُختٍ لأمٍّ، وكذا الأبَوان.

وإن استَويا في القُربِ، واتَّحَدت جِهةُ القَرابةِ، كالأخوَين، والخالتَين، والعمّتَين: يُكتفَى بالواحِدِ، ويُباعُ الآخَرُ؛ لأن حقَّ الصَّغيرِ مَرعيٌّ به؛ لأنه يَستأنِسُ به، ويَقومُ بحَوائِجه.

وإن اختَلَفت جِهةُ القَرابةِ لا يُفرَّقُ، كأُختٍ لأبٍ وأُختٍ لأمٍّ، وأبٍ وأُمٍّ، وأبوَين، بأن ادَّعاه رَجُلان معًا، وعمّةٍ وخالةٍ؛ لأن لكلِّ واحِدٍ منهما نوعَ شَفَقةٍ ليس للآخَر، وله بكلِّ واحِدٍ منهما استِئناسٌ لا يَحصُلُ ذا بالآخَر.

ادَّعَت مَسبيّةٌ ابنًا: لا يُفرَّقُ، ولا يَثبُتُ نَسَبُه.

مَسبيّةٌ معها صَبيٌّ ادَّعت أنه ابنُها: لا يَثبُتُ نسَبُه منها؛ لأنها تُحمِّلُ النَّسَبَ على الغَير. ولا يُفرَّقُ؛ لأن قولَ الواحِدِ مَقبولٌ في الدِّيانات، خُصوصًا فيما بُني على الاحتِياط.

ونَفَذ البيعُ في الكلّ.

ونَفَذ[1] البيعُ في الكلّ، وإن كُرِه التَّفريقُ.

وعن[2] أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا يَجوزُ في قَرابة الوِلادِ؛ لقُوّتها، ويَجوزُ في غَيرها؛ لضَعفه.

---

(١) في (و): ولا يفسد.

(٢) في (ب): وعند.

وعنه: أنه لا يَصِحُّ[1] البيعُ في الكلّ؛ إذ الأمرُ بالإدراك بالاستِرداد لفَساد البيعِ، وكذا الأمرُ بالرَّدِّ لا يَكونُ إلا في البَيع الفاسِدِ.

ولهما: أن رُكنَ البيعِ صَدَر من أَهله مُضافًا إلى محَلِّه، فينفُذُ، والنَّهيُ عن بَيع أَحَدِهما لِمَعنًى مُجاوِرٍ للبَيع غيرِ مُتَّصِلٍ به، وهو الإضرارُ بالصَّغير، فلا يَفسُدُ العقدُ، كالنَّهي عن السَّوم على سَوم غيرِه.

والمَرويُّ مَحمولٌ على طَلَب الإقالةِ، أو بيعِ الآخَرِ ممن باع منه أحَدَهما، والله أعلَمُ بالصَّواب.

(١) في (د): أنه بصح.

بَابُ الإِقَالَةِ

بابُ الإقالةِ(1)

فسخٌ(س) في حقِّ العاقِدَين، بيعٌ في حقِّ ثالِثٍ.

قال أبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هي فسخٌ في حقِّ العاقِدَين، بيعٌ جَديدٌ في حقِّ غيرِهما، إلا أن لا يُمكِنَ جعلُها فسخًا، بأن وَلَدت الْمَبيعةُ، فتبطُلُ؛ لتعذُّر تَصحيحِها فسخًا؛ إذ الزِّيادةُ الْمُنفصِلةُ تَمنعُ فسخَ العقدِ حقًّا للشَّرع، وهو لا يُصحِّحُ الإقالةَ إلا بطَريق الفسخِ.

وعندَهما: يَصِحُّ بيعًا إذا وَلَدت، بخِلاف ما لو كانت الزِّيادةُ مُتَّصِلةً؛ لأنها لا تَمنَعُ الفسخَ عندَه، فأمكَن تَصحيحُها فسخًا، فتَصِحُّ فسخًا.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: بيعٌ جَديدٌ، إلا أن لا يُمكِنَ جعلُها بيعًا، بأن كان الْمَبيعُ مَنقولًا، ولم يَقبِضه الْمُشتَري، أو تَقايَلا في بَيع العَرْضِ بالعَرْضِ بعدَ هَلاكِ أحَدِهما، فتُجعَلُ فسخًا.

إلا أن لا يُمكِنَ جعلُها بيعًا وفسخًا، بأن باع العَرْضَ بالدَّراهِم، وتَقايَلا بعدَ هَلاكِ العَرْضِ، أو تَقايَلا في الْمَنقول قبلَ القبضِ على خِلاف جِنسِ الثَّمَنِ الأوَّلِ، فتَبطُلُ؛ لأن بيعَ الْمَنقولِ قبلَ القبضِ لا يَجوزُ، والفسخُ يَكونُ بالثَّمَن الأوَّلِ، وقد سَمَّيا ثَمَنًا آخَرَ.

---

(1) أقال الله عثرته: إذا رفعه من سقوطه، ومنه الإقالة في البيع؛ لأنها رفع العقد. «المصباح» ٢/ ٥٢١.
هي لغةً: الرَّفعُ، من أقال قَيلًا، لا قولًا، وشرعًا: رفعُ العقد، كما في «الجوهرة». «الدر المنتقى» ٣/ ٤٦٨.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فسخٌ إن كانت بالثَّمَن الأوَّلِ أو بالأقَلّ، إلا[1] إذا تَعذَّر جعلُها فسخًا، بأن تَقايَلا بعدَ القبضِ بالثَّمَن الأوَّلِ بعدَ الزِّيادةِ الْمُنفصِلةِ[2]، أو تَقايَلا بعدَ القبضِ بخِلاف جِنسِ الثَّمَنِ الأوَّلِ، فتُجعَلُ بيعًا.

إلا أن لا يُمكِنَ جعلُها فسخًا وبيعًا، فتَبطُلُ، كما لو تَقايَلا في الْمَنقول قبلَ القبضِ على خِلاف جِنسِ الثَّمَنِ الأوَّلِ؛ لِما مَرّ.

لمحمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الفسخَ أصلٌ في الإقالة، وهو مَوضوعُها؛ فإنها في اللُّغة: إسقاطٌ ورفعٌ، ولهذا يُقالُ في الدُّعاء: (اللَّهُمَّ أقِلْني عَثَراتي)، أي أسقِطها وارفَعها، وكذا العاقِدان قَصَدا بالإقالة فسخَ البيعِ، ولهما وِلايةٌ على أنفُسهما، فتُجعَلُ فسخًا: إعمالًا لِمُوجَبها.

إلا أن لا يُمكِنَ جعلُها فسخًا، فتُجعَلُ بيعًا؛ لأنها تَحتمِلُ البيعَ إجماعًا؛ لوُجود مَعنى البيعِ فيها، وهو مُبادَلةُ المالِ بالمال بالتَّراضِي، ولهذا كانت بيعًا في حقِّ الثّالثِ.

ولأبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنها تَمليكٌ وتَملُّكٌ بتَراضٍ، فالبائعُ يُملِّكُ الثَّمَنَ من الْمُشتَري، والْمُشتَري يُملِّكُ الْمَبيعَ من البائع، فكانت بيعًا، وإن تَلفَّظا بالإقالة؛ إذ العِبرةُ للمَعاني لا للألفاظ[3]، فالكَفالةُ بشَرط بَراءةِ الأصيلِ حَوالةٌ، والحَوالةُ بشَرط عدَمِ[4] بَراءةِ الْمُحيلِ كَفالةٌ.

ولهذا تَبطُلُ بهلاك السِّلعةِ، وتُرَدُّ بالعَيب، ويَتجدَّدُ للشَّفيع حقُّ الشُّفعةِ، وهذه أحكامُ البيعِ.

---

(١) سقطت من (ب) و(هـ).

(٢) في (ب): المتصلة، وفي نسخة على الهامش: المنفصلة.

(٣) في (ب): للألفاظ والمباني.

(٤) سقطت من (و).

إلا أن يَتعذَّرَ، فتُجعَلُ فسخًا؛ لأنها تحتمِلُه.

ولأبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنها تُنبِئُ عن الفَسخ والرَّفعِ، كما مَرّ، والأصلُ في الكَلام أن يُحمَلَ على حَقيقته، ولا يَحتمِلُ الفسخُ والرَّفعُ مَعنى ابتِداءِ العقدِ ليُحمَلَ عليه عندَ التَّعذُّرِ؛ لأنه إثباتٌ وتَحقيقٌ، فكانت بينَهما مُضادّةٌ، والشَّيءُ لا يَحتمِلُ ضِدَّه.

فإذا لم يُمكِن أن تُجعَلَ فسخًا تَبطُلُ ضَرورةً، كما لو حَصَل الفسخُ بلَفظ الْمُفاسَخةِ أو الْمُتارَكةِ.

ولا يُقالُ: لو لم تَحتمِلِ البيعَ لَمَا كانت بيعًا في حقِّ الثّالثِ: لأن ذا ضَروريٌّ لثُبوت حُكمِ البيعِ، وهو ثُبوتُ الْمِلكِ ببدَلٍ، لا باعتِبار الصِّيغةِ، فاعتبَرنا مُوجَبَ الصِّيغةِ في حقِّ العاقِدَين لا في حقِّ غيرِهما: لوِلايتهما على أنفُسهما لا على غيرِهما.

وتَصِحُّ بمِثل الثَّمنِ الأوَّلِ.

إذا ثَبَت هذا فنَقولُ: تَصِحُّ الإقالةُ بمِثل الثَّمَنِ الأوَّلِ؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من أَقال نادِمًا بَيعتَه أَقال اللهُ عَثْرَتَه[1] يومَ القِيامةِ»[2].

ولأن العقدَ حقُّهما، وحقُّ الإنسانِ ما يَتولّى إسقاطَه وإثباتَه، فكان لهما وِلايةُ رفعِه دفعًا لحَاجتهما.

وشرطُ الأكثرِ[م]، والأقَلِّ بلا تَعيُّبٍ، وجِنسٍ[م] آخَرَ: لَغوٌ، ولَزِمه الأوَّلُ.

وشرطُ الأكثرِ[3] والأقَلِّ بلا تَعيُّبٍ وجِنسٍ[4] آخرَ: لغوٌ، ولَزِمه الثَّمَنُ الأوَّلُ.

---

(١) في سوى (و): عثراته.

(٢) رواه ابن حبان (٥٠٢٩)، ورواه بلفظ: «من أقال مسلمًا أقاله الله عثرته يوم القيامة»: أبو داود (٣٤٦٠)، وابن ماجه (٢١٩٩).

(٣) أي من الثمن.

(٤) في (و): وحبس.

بيانُه: إذا باع عبدًا بألف دِرهَمٍ، وتَقايَلا العقدَ بألفٍ: صَحَّت، وإن تَقايَلا بألفٍ وخَمسِمائةٍ صَحَّت الإقالةُ بألفٍ اتِّفاقًا، ويَلغو ذِكرُ خَمسِمائةٍ؛ لأن الفسخَ يَتعذَّرُ على الزِّيادة؛ لاستِحالة رفعِ ما ليس بثابتٍ.

غايةُ ما في الباب: أن شرْطَ خَمسِمائةٍ يَكونُ شرطًا فاسِدًا، غيرَ أن الإقالةَ لا تَبطُلُ بالشَّرط الفاسِدِ.

بخِلاف بيعِ دِرهَمٍ بدِرهَمَين؛ فإن البيعَ يَفسُدُ بثُبوت دِرهَمٍ زائدٍ، ولا يُجعَلُ كأنه باع دِرهَمًا بدِرهَمٍ ويَبطُلُ الدِّرهَمُ الزّائدُ، حتى يَصِحَّ البيعُ؛ لأن الزِّيادةَ يُمكِنُ إثباتُها في البَيع؛ لأنها إثباتُ ما لم يكن[1] ثابتًا، فيَتحقَّقُ الرِّبا، ولا يُمكِنُ إثباتُ الزِّيادةِ في الإقالة؛ لأنها رفعُ ما كان ثابتًا، ورفعُ ما كان زائدًا على ما كان مُحالٌ.

وهذا يُؤيِّدُ قولَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَااللَّهُ أنها فسخٌ؛ إذ لو كانت بيعًا لبَطَلت بالشَّرط الفاسِدِ، كالبَيع.

وإن تَقايَلا بخَمسِمِائةٍ، والْمَبيعُ بحاله لم يَتعيَّب: صَحَّت الإقالةُ بألفٍ؛ لأنه لا يُمكِنُ تَصحيحُها بخَمسِمِائةٍ، فيَبطُلُ ذِكرُ خَمسِمائةٍ، وتَبقى الإقالةُ، فيَجِبُ على البائِع ردُّ الألفِ على الْمُشتَري.

وإن دَخله عَيبٌ: صَحَّت الإقالةُ بخَمسِمِائةٍ، والْمَحطوطُ بإزاء العَيبِ؛ لأنه لَمّا احتَبس عندَ الْمُشتَري بعضُ الْمَبيعِ لا يَبعُدُ أن يَحتبِسَ عندَ البائِعِ بعضُ الثَّمَنِ.

وهذا عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُٱللَّهُ.

وعندَهما: في شَرط الزِّيادةِ يَكونُ بيعًا؛ إذ البيعُ أصلٌ عندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: جعلُها بيعًا مُمكِنٌ، فإذا زاد فقد قَصَد البيعَ، فتُجعَلُ بيعًا.

---

(١) في (ب): ما كان.

وكذا في شَرط الأقَلِّ عندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه الأصلُ عندَه.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فسخٌ بالثَّمَن الأوَّلِ؛ لأنه سُكوتٌ عن بَعض الثَّمَنِ الأوَّلِ، ولو أَقال وسَكَت عن الكلّ: يَكونُ فسخًا[1]، فهذا أحَقُّ.

وكذا لو كانت بثمَنٍ مُؤَجَّلٍ تكونُ الإقالةُ بالثَّمَن الحالِّ عندَه، ويَبطُلُ التَّأجيلُ[2]؛ لأنه سُكوتٌ عن وَصف الثَّمَنِ، وهو كونُه حالًّا.

وإذا دَخَله عَيبٌ: فهو فسخٌ بالأقَلِّ؛ لِما مَرّ.

وإن أَقال بغَير جِنسِ الثَّمَنِ الأوَّلِ: فهو فسخٌ بالثَّمَن الأوَّلِ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ويَلغو ذِكرُ جِنسٍ آخرَ.

وعندَهما: تكونُ بيعًا، أما عندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فللأَصل، وأما عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فللجَعل.

ولو كانَ الْمَبيعُ أمةً، فوَلَدت ولَدًا، ثم تَقايَلا: تَبطُلُ الإقالةُ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لِما مَرّ.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تكونُ بيعًا للأَصل، وكذا عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ للجَعل.

والإقالةُ قبلَ القبضِ في الْمَنقول وغيرِه فسخٌ عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ.

وكذا عندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في الْمَنقول؛ لأن البيعَ مُتعذِّرٌ؛ إذ بيعُ الْمَنقولِ قبلَ القبضِ لا يَصِحُّ إجماعًا.

وفي العَقار يَكونُ بيعًا عندَه قبلَ القبضِ وبعدَه؛ لصِحّة بيعِ العَقارِ قبلَ القبضِ عندَه.

---

(١) في (ب): فسخًا قصدًا.

(٢) في (ب): الفاضل.

هَلاكُ الْمَبيعِ لا الثَّمنِ: مَنَعها، وهَلاكُ بعضِه بقَدْره.

هَلاكُ الْمَبيعِ يَمنَعُ صِحّةَ الإقالةِ، وهَلاكُ الثَّمَنِ لا يَمنَعُ؛ لأن شرطَ صِحّةِ الإقالةِ قِيامُ العقدِ؛ لأنها رفعُ العقدِ، فتَقتَضي قِيامَ البيعِ، وقِيامُه بالْمَبيع لا بالثَّمَن؛ لأن الْمَبيعَ محَلُّ إضافةِ العقدِ، بخِلاف الثَّمَنِ.

وهذا لأن الثَّمَنَ إنما يَثبُتُ له حُكمُ الوُجودِ في الذِّمّة بالعَقد، وما يَكونُ وُجودُه بالعَقد كان حُكمًا للعَقد، وحُكمُ العقدِ لا يَكونُ محَلَّ العقدِ؛ لأن محَلَّ العقدِ شرطُ العقدِ، وشرطُ الشَّيءِ يَسبِقُه، وحُكمُ الشَّيءِ يَعقُبُه، وبينَهما تَنافٍ.

ولهذا إذا هَلَك الْمَبيعُ قبلَ القبضِ يَبطُلُ البيعُ، بخِلاف ما لو هَلَك الثَّمَنُ، وهَلاكُ بعضِ الْمَبيعِ يَمنَعُ بقَدْره؛ اعتِبارًا للبَعض بالكلّ.

وإن تَقايَضا[1] تَصِحُّ الإقالةُ بعدَ هَلاكِ أحَدِهما، ولا تَبطُلُ بهَلاكِ أحَدِهما؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما مَبيعٌ؛ إذ العقدُ لا بُدَّ له من مَعقودٍ عليه، وليس أحَدُهما بأن يُجعَلَ مَعقودًا عليه أَولى من الآخَر، فجُعِل كلُّ واحِدٍ منهما مَبيعًا، فكان البيعُ قائمًا.

تَقايَلا، فباع منه: صحّ، وقَبَض، ومن غَيره: لا.

وفائدةُ كونِها فسخًا في حقِّهما، بيعًا في حقِّ الثّالثِ: تَظهَرُ فيما لو اشتَرى عبدًا من رَجُلٍ بدَراهِمَ، وتَقابَضا، ثم تَقايَلا، ثم باع من الْمُشتَري قبلَ أن يَقبِضَه البائِعُ: صَحّ، ويَحتاجُ الْمُشتَري إلى تَجديد القبضِ؛ لأنه بعدَ الإقالةِ في يَد الْمُشتَري مَضمونٌ بغَيره، وهو الثَّمَنُ، فلا يَنوبُ عن قَبض الشِّراءِ[2]، كقَبض الرَّهنِ، بخِلاف قبضِ الغصبِ.

---

(١) في (ب): تقابضا.

(٢) في (ج) و(د): المشتري.

ولو باعه البائعُ من غَير المُشتَري قبلَ أن يَستردَّه: لا يَصِحُّ؛ لأن الإقالةَ فسخٌ في حقِّهما، بيعٌ[1] في حقِّ غيرِهما، فصار في البَيع من غَيره بائِعًا للمَبيع قبلَ القبضِ، فلا يَصِحُّ، وفي البَيع منه بائِعًا لِما عاد إلى قَديم مِلكِه بالفَسخ، فيصِحّ.

تَصارَفا، فتَقايَلا، وتَفرَّقا قبلَه: بَطَل، ولو تَبايَعا بعدَه: قُبِض[2].

ولو تَصارَفا[3]، فتَقابَضا، فتَقايَلا، وتَفرَّقا قبلَ القبضِ: بَطَلت الإقالةُ؛ لأنها بيعٌ في حقِّ الثّالثِ، واشتِراطُ القبضِ في الصَّرف حقُّ الشَّرعِ.

ولو لم يَتفرَّقا حتى تَبايَعا بعدَ[4] التَّقايُل: يُشترَطُ[5] القبضُ؛ لأنه بنَفس الشِّراءِ لم يَصِر قابِضًا؛ لأنه مَضمونٌ بغَيره، حتى لو افترَقا قبلَ القبضِ بَطَل البيعُ الثّاني والإقالةُ، وسيَأتي غيرُها[6] إن شاء اللهُ تَعالى.

مَأذونٌ أَقال بعدَ إبراءِ الثَّمَنِ: لا تَصِحُّ، واللهُ أعلَمُ[7].

---

(١) في (و): بيع جديد.

(٢) كذا ضبطت في (م)، وفي حاشية (ن): أي يشترط قبضه بنفس الشراء، لم يصر قابضًا؛ لأنه مضمون بغيره، حتى لو افترقا قبل القبض: بطل البيع والإقالة. هـ وفي حاشية (س): أي لو افترقا قبل القبض بطل البيع الباقي والإقالة.

(٣) في (ب) و(د): تصادقا، وفي (ج): تصرفا.

(٤) في (و): قبل.

(٥) في (هـ): بشرط.

(٦) في (ب): بعدها.

(٧) هذه الفقرة سقطت من (س) و(ع).

باب المرابحة والتولية والزيادة والحط وغيرها

بابُ التَّوليةِ

التَّوليةُ[1]: بيعٌ بثَمَنٍ سابِقٍ.

والمُرابَحةُ[2]: به وبِزِيادةٍ.

التَّوليةُ: بيعٌ بالثَّمَن السّابِقِ بلا زِيادة رِبحٍ.

والمُرابَحةُ: بيعٌ بالثَّمَن السّابِقِ وزِيادةِ رِبحٍ.

والأصلُ في جَواز التَّوليةِ: ما رُوِي أن أبا بكرٍ رَضِيَ اللهُ عَنهُ اشتَرى بَعيرَين عندَ قصدِ الهِجرةِ، فقال له رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «وَلِّني أحَدَهما»، فقال: هو لك بغَير شيءٍ، فقال عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلَامُ: «أما بغَير شيءٍ فلا»[3]، فدَلَّ على جَواز التَّوليةِ.

---

(١) التولية: بيع بثمن سابق بلا زيادة ربح.

وإنما سمي تولية: لأن البائع كأنه يجعل المشتري واليًا لما اشتراه بما اشتراه من الثمن، ويقابلها المرابحة. «الدستور» ١/ ٢٤٧.

(٢) المرابحة: هي بيع السلعة بثمن سابق مع زيادة ربح. «الدستور» ٣/ ١٧٣.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٢: غريب، وروى عبد الرزاق في «مصنفه» (١٤٢٥٧) ... عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ، قال: «التولية والإقالة سواء، لا بأس به». (١٤٢٥٨) أخبرنا ابن جريج عن ربيعة عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ حديثًا مستفاضًا بالمدينة قال: «من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه، إلا أن يَشرَكَ فيه أو يوليه أو يقيله». انتهى. =

ولأن النّاسَ تَعامَلوا بهما[1] بلا نكيرٍ، وهو حُجّةٌ.

ولأن شَرائطَ الجَوازِ مُتحقِّقةٌ فيهما، وقد مَسَّت الحاجةُ إليهما؛ إذ الغَبيُّ[2] في التِّجارة يَحتاجُ إلى أن يَعتمِدَ على فِعل الذَّكِيِّ فيها، فيَشتريَ منه بمِثل ما اشتَرى أو بزِيادة رِبحٍ؛ لئلا يُغبَنَ بأكثَرَ من هذا لو لم يَعتمِد على فِعله[3]، ولهذا كان مَبناهما على الأَمانة والاحتِرازِ عن كلِّ تُهَمةٍ وخِيانةٍ؛ إذ لو لم يُبنَيا على الأَمانة فات الْمَقصودُ، وهو دفعُ ضرَرِ الغَبنِ عن الغَبيّ.

وشرطُهما: كونُ الثَّمَنِ الأوَّلِ مِثليًّا.

وشرطُهما: كونُ الثَّمَنِ الأوَّلِ مِثليًّا، فلا تَصِحُّ الْمُرابَحةُ والتَّولِيةُ حتى يَكونَ الثَّمَنُ الأوَّلُ من الْمِثليّات، كالْمَكيلات والْمَوزوناتِ؛ إذ لو لم يكن مِثليًّا -بأن كان عبدًا أو ثَوبًا-: لا تَتحقَّقُ الْمُرابَحةُ والتَّولِيةُ؛ لأن البيعَ بمِثل[4] الثَّمَنِ الأوَّلِ بزِيادةٍ أو بدُونها يَعتمِدُ كونَ الثَّمَنِ الأوَّلِ مِثليًّا.

وإن لم يكن البدَلُ في العَقد الأوَّلِ مِثليًّا، بأن اشتَرى عبدًا بثَوبٍ، فباعه مُرابَحةً ممن لا يملك ذلك البدَلَ: بَطَل البيعُ؛ لأنه إذا لم يكن مِثليًّا فلو انعقَد العقدُ يَنعقِدُ بقِيمة ذلك البدَلِ، وهي مَجهولةٌ تُعرَفُ بالحَزْر والظَّنِّ، وجَهالةُ الثَّمَنِ تَمنَعُ جوازَ العقدِ.

= وحديث أبي بكر: في البخاري (٣٩٠٥) عن الزهري عن عروة عن عائشة، وفيه أن أبا بكر قال للنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: خذ بأبي أنت وأمي يا رسول الله إحدى راحلتي هاتين، فقال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «بالثمن»... الحديث. ليس فيه غير ذلك... إلخ.

(١) في (ج): يتعاملونها.

(٢) في (ب) و(و): الغني.

(٣) في حاشية (ب): قوله. نسخة.

(٤) في (هـ): (حتى يكون) بدل (لأن البيع بمثل).

حتى لو كان الذي اشتَراه مُرابَحةً ممن يَملِكُ ذلك البدَلَ، أي الثَّوبَ، وقد باعه بِربح دِرهَمٍ أو شيءٍ من الْمَكيل مَوصوفٍ: صَحّ؛ لقُدرته على تَسليم ما التزَم.

وإن باعه برِبح (دَهْ يازْدَهْ[1]) لا يَصِحُّ؛ لأنه باعه بالثَّوب وببَعض قِيمتِه؛ لأن تَسميةَ رِبحِ (دَهْ يازْدَهْ) تَقتَضي أن يَكونَ الرِّبحُ من جِنس رأسِ المالِ؛ لأنه جَعَل الرِّبحَ مِثلَ عُشرِ الثَّمَنِ[2]، وعُشرُ الشَّيءِ يَكونُ من جِنسه.

وضُمَّ أجرُ القَصّارِ[3]، والصَّبغِ، والطِّرازِ[4]، والفَتلِ[5]، والحَمْلِ، والسَّوقِ، وقال: (قام عليَّ بكذا).

ويَجوزُ أن يَضُمَّ إلى رَأس المالِ أجرَ القَصّارِ، والصَّبغِ، والطِّرازِ، والفتلِ، والحَمْلِ، وسَوقِ الغنَمِ.

والأصلُ: أن عُرفَ التُّجّارِ مُعتبَرٌ في بَيع الْمُرابَحةِ، فما جَرى العُرفُ بِإلحاقه برَأس المالِ يُلحَقُ به، وما لا فلا، وما عَدَدناه مُلحَقٌ برَأس المالِ في عادة التُّجّارِ، ولا يَعُدُّون ذلك خِيانةً.

أو يُقالُ: ما يَزيدُ في عَين الْمَبيعِ أو في قِيمته يُلحَقُ به، وما لا فلا، والْمَذكورُ بهذه الصِّفةِ؛ لأن الصَّبغَ وأخَواتِه يَزيدُ في العَين، والحَمْلَ والسَّوقَ يَزيدان في القِيمة؛ إذ القِيمةُ

(١) أي العشرةِ بأحدَ عَشَر. «الدر المنتقى» ٣/ ٤٧٣.

(٢) في (ب) زيادة: أي على كل عشرة ربح درهم، حتى لو كان الثمن الأول عشرين يكون الربح درهمين، وإن كان ثلاثين كان الربح ثلاثة دراهم، وعشر الشيء... إلخ.

(٣) قَصَرت الثوب قصرًا: بيضته، والقصارة بالكسر: الصناعة، والفاعل قصار. «المصباح» ٢/ ٥٠٥.

(٤) الطراز: علم الثوب، وهو معرب، وجمعه طرز، مثل كتاب وكتب. «المصباح» ٢/ ٣٧١.

(٥) فتلت الحبل وغيره فتلاً: من باب ضرب. «المصباح» ٢/ ٤٦٢.

والفتل: ما يصنع بأطراف الثياب بحرير أو كتّان. «مجمع الأنهر» ٢/ ٧٥.

تَختلِفُ باختِلاف الْمَكانِ.

بخِلاف أجرِ الرّاعي والطَّبيبِ، وكِراءِ بيتِ الحِفظِ، وأجرِ تَعليمِ القُرآنِ والحِسابِ، وعمَلٍ من الأَعمال؛ لأنه ليس فيها عُرفٌ ظاهِرٌ بالإلحاق برأس المالِ.

ولأن أجرَ الرّاعي للحِفظ كأجر بيتٍ يَحفَظُ فيه الغنَمَ، والحِفظُ لا يَزيدُ في عَين الشَّيءِ ولا في قِيمته.

وثُبوتُ الزِّيادةِ في الْمُتعلِّم لِمَعنًى فيه، وهو الذِّهنُ والذَّكاءُ، لا بما أنفَق على الْمُعلِّم، فلم يكن ما أنفَق مُوجِبًا زِيادةً في مالِيّة العَينِ؛ إذ التَّعليمُ شرطٌ.

ويَقولُ: (قام عليَّ بكذا)، ولا يَقولُ: (اشتَريتُه بكذا)؛ لأنه يَكونُ كَذِبًا؛ إذ الشِّراءُ بالشَّيء ما ذُكِر ثَمنًا في العَقد.

فإن خان في مُرابَحةٍ[1]: أَخذ بثَمَنه أو(س) رَدَّ، وحَطَّ في تَولِيةٍ(م)[2].

فإن خان في الْمُرابَحة: فهو بالخِيار، إن شاء أخَذ بكلِّ الثَّمَنِ، وإن شاء تَرَك.

وإن خان في التَّولِية: حَطَّها من الثَّمَن، وهذا عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَحُطُّ فيهما.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُخيَّرُ فيهما؛ لأنهما باشَرا[3] عقدًا باختِيارهما بثمَنٍ سَمَّياه، فيَنعقِدُ بجَميع ذلك الثَّمَنِ، كما لو باعاه مُساوَمةً؛ وهذا لأن ذلك الثَّمَنَ غيرُ مَعلومٍ،

---

(١) الخِيار في خيانة المرابحة: هو أن تظهر خيانة البائع في بيع المرابحة، بإقراره أو ببرهان أو بنكوله، أخذه المشتري بكل ثمنه أو رده لفوات الرضاء. «التعريفات الفقهية» ص٩٠.

(٢) الخيار في خيانة التولية: هو أن تظهر خيانة البائع في بيع التولية، بإقراره أو ببرهان أو بنكوله، فللمشتري الرد أو الحط قدر الخيانة إن رضي البائع. «التعريفات الفقهية» ص٩٠.

(٣) في (و): وقال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا يحط فيهما ويخيّر لأنهما باشرا.

وهذا الثَّمَنَ مَعلومٌ، فكان القولُ بوُقوع البيعِ بثَمَنٍ مَعلومٍ أَولى من القَول بوُقوعه بثَمَنٍ مَجهولٍ.

وذِكرُ الْمُرابَحةِ والتَّولِيةِ للتَّرويج والتَّرغيبِ، فجَرى مَجرى الوصفِ، فإذا ظَهَرت الخِيانةُ فقد فات الوصفُ الْمَرغوبُ في الثَّمَن، فيُخيَّرُ، كما لو وَجَد الْمَبيعَ مَعيبًا.

ولأبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أن الأصلَ هو لفظُ الْمُرابَحةِ والتَّولِيةِ، ولهذا يَنعقِدُ البيعُ بقَوله: (وَلَّيتُك بما اشتَريتُ)، أو (أبيعُك مُرابَحةً على ما اشتَريتُ)، إذا كان ذلك مَعلومًا.

وذِكرُ الثَّمَنِ جارٍ مَجرى التَّفسيرِ، فلا بُدَّ من بِناء العقدِ الثّاني في حقِّ الثَّمَنِ على الأوَّل، وقَدْرُ الخِيانةِ لم يكن ثابتًا في العَقد الأوَّلِ، فلا يُمكِنُ إثباتُه في العَقد الثّاني، فيَحُطُّ ضَرورةً.

غيرَ أنه يَحُطُّ في التَّولِيةِ قَدْرَ الخِيانةِ من رَأس المالِ، وفي الْمُرابَحة منه ومن الرِّبح، حتى لو ابتَاع ثَوبًا بعَشَرة دَراهِمَ على رِبح خَمسةٍ، وظَهَر أن البائعَ كان اشتَراه بثَمانيةٍ: يَحُطُّ قَدْرَ الخِيانةِ من الأَصل، وهو دِرهَمان، وما قابَله من الرِّبح، وهو دِرهَمٌ، فيَأخُذُ الثَّوبَ باثنَي عشَرَ دِرهَمًا؛ لأن هذا رِبحٌ على الكلّ، وقد ظَهَرت خِيانتُه في الكلّ، فيَظهَرُ الأثَرُ في الرِّبح أيضًا.

ولأبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ في الفَرق بينَهما: أن التَّولِيةَ بِناءٌ على العَقد الأوَّلِ من كلِّ وجهٍ، فلا بُدَّ من تَقديره بالأوَّل، ولا يَثبُتُ فيه ما لم يكن ثابتًا في العَقد الأوَّلِ.

فأما الْمُرابَحةُ: فمَبنيّةٌ على العَقد الأوَّلِ من وجهٍ لا من كلِّ وجهٍ؛ ألا تَرى أنهما سَمَّيا فيها ما لم يكن مُسمًّى في العَقد الأوَّلِ، فلا يَجِبُ تَقديرُه بالثَّمَن الأوَّلِ، بل هو عقدٌ مُبتَدأٌ باشَراه باختيارهما، فيَنعقِدُ بالثَّمَن الْمُسمّى فيه، ولهذا لا يُحتاجُ في التَّولِيةِ إلى ذِكر الثَّمَنِ، وفي الْمُرابَحة لا بُدَّ من تَسمِية الثَّمَنِ ليَتبيَّنَ قَدْرُ الرِّبحِ، فيَنعقِدَ بما سَمَّياه.

ولأنه لو لم يَحُطَّ في التَّولِية لم يَبقَ تَولِيةً؛ لأنه يَزيدُ على الثَّمَن الأوَّلِ، فيَصيرُ مُرابَحةً، فيَتغيرَّ[1] التَّصرُّفُ، ولو لم يَحُطَّ في الْمُرابَحة، وثَبَت جَميعُ الْمُسمّى: تَبقى مُرابَحةً، إلا أن الرِّبحَ فيه أكثرُ مما ظَنَّه الْمُشتَري، فلم يَتغيَّر التَّصرُّفُ، فإذا أمكَن تَقريرُ[2] الْمُرابَحةِ مع اعتِبارِ التَّسميةِ اعتبَرناهما، وأثبَتنا الخِيارَ؛ لفَوات الرِّضا.

فلو هَلَكَ الْمَبيعُ قبلَ أن يَرُدَّه، أو حَدَث به ما يَمنَعُ الفسخَ عندَ ظُهورِ الخِيانةِ: لَزِمه جَميعُ الثَّمَنِ الْمُسمّى، وسَقَط خِيارُه عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وهو الْمَشهورُ من قَول محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، لأنه مُجرَّدُ خِيارٍ لا يُقابِلُه شيءٌ من الثَّمَن، كخِيار الرُّؤيةِ والشَّرطِ، وقد تَعذَّر الرَّدُّ بالهَلاك أو غيرِه، فيَسقُطُ خِيارُه.

بخِلاف خِيارِ العَيبِ؛ لأن الْمُستحَقَّ ثَمَّ للمُشتَري الْمُطالَبةُ بتَسليم الجُزءِ الفائِتِ، فيَسقُطُ ما يُقابِلُه إذا عَجَز عن تَسليمه.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الْمُشتَريَ يَرُدُّ قِيمةَ الْمَبيعِ، ويَرجِعُ على البائِع بثَمَنٍ[3] سَلَّمه إليه؛ بِناءً على أَصله في إِقامة القِيمةِ مُقامَ الْمَبيعِ في التَّحالُف.

اشتَرى، فباع برِبحٍ، ثم اشتَرى: طَرَح(س م) ما رَبِح إن رابَح، وإن أَحاط بثَمَنه لا يُرابِحُ.

ومن اشتَرى ثَوبًا، وباع بربحٍ، ثم اشتَرى: طَرَح كلَّ ما رَبِح إن باعه مُرابَحةً، وإن أَحاط بثَمَنه: لم يَبِعه مُرابَحةً، وهذا عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: يَبيعُه مُرابَحةً على الثَّمَن الآخِرِ.

---

(١) في (ب) و(و): فيعتبر.

(٢) في (ب) و(و): تقدير.

(٣) في (و): بالثمن الذي.

وصورتُه: إذا اشتَرى ثوبًا بعشَرةٍ، وقبَضه، ثم باعه بخَمسةَ عشَرَ، وتَقابَضا، ثم اشتَراه بعشَرةٍ: يَبيعُه مُرابَحةً بخَمسةٍ[1]، ويَطرَحُ عنه ما رَبِح، وهو خَمسةٌ، ويَقولُ: (قام عليَّ بخَمسةٍ)، ولا يَقولُ: (اشتَريتُه بخَمسةٍ)؛ لئلا يَكونَ كاذِبًا.

ولو اشتَراه بعشَرةٍ، وباعه بعِشرين، ثم اشتَراه بعشَرةٍ: لا يَبيعُه مُرابَحةً أصلًا.

وعندَهما: يَبيعُه مُرابَحةً بعشَرةٍ في الفَصلَين؛ لأنه شِراءٌ جَديدٌ، وأحكامُه مُنقطِعةٌ عن أَحكام العقدِ الأوَّلِ، فتُبتَنى عليه الْمُرابَحةُ، ولا يُعتبَرُ ما سَبَق؛ لأن الْمُرابَحةَ بيعُ ما اشتَرى بمِثل ما اشتَرى وزِيادةٍ، ولهذا لو باعه الْمُشتَري من ثالِثٍ، ثم اشتَراه الأوَّلُ منه: يَبيعُه مُرابَحةً بالثَّمَن الآخِرِ.

وله: أن ما رَبِح الْمُشتَري أوَّلَ مرّةٍ له شُبهةُ الحُصولِ بالعَقد الثّاني؛ لأنه كان على عَرَض البُطلانِ، بأن يَجِدَ الْمُشتَري بالثَّوب عَيبًا، فيَرُدَّه، ويَستردَّ منه كلَّ الثَّمَنِ، فيَبطُلَ حقُّه في الرِّبح، وبالشِّراء ثانِيًا وَقَع الأمنُ عن البُطلان، فاستَفاد بالشِّراء الثّانِي الثَّوبَ، وتأَكَّد الرِّبحُ الأوَّلُ، وللتَّأكيد شبَهٌ بالإيجاب، حتى غَرِم شُهودُ الطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ نِصفَ الصَّداقِ إذا رَجَعوا؛ لأن شَهادتَهم أكَّدت نِصفَ المهرِ الذي كان على شَرَف السُّقوطِ بالرِّدّة وتَمكينِ ابنِ الزَّوجِ.

وبيعُ الْمُرابَحةِ يَمتنِعُ بالشُّبهة كما يَمتنِعُ بالحَقيقة؛ ألا تَرى أنه لو كان له على رَجُلٍ عشَرةُ دَراهِمَ، فصالَحه على ثَوبٍ: لم يَبِعه مُرابَحةً بعشَرةٍ؛ لأن الصُّلحَ مَبنيٌّ على الحطِّ والْمُسامَحةِ، ولو وُجِدت حَقيقةُ الحطِّ لم يَبِعه مُرابَحة بعشَرةٍ، فكذا إذا وُجِدت شُبهتُه.

فصار في الفَصل الأوَّلِ كأنه اشتَرى في العَقد الثّانِي ثَوبًا وخَمسةَ دَراهِمَ بعشَرةٍ، فالخَمسةُ بإزاء الخَمسةِ، وبَقِي الثَّوبُ بخَمسةٍ، فيَبيعُه مُرابَحةً على خَمسةٍ، وفي الفَصل

(١) في (ب): بخمسة عشر.

الثّانِي كأنه اشتَراه وعشَرةً بعشَرةٍ، فصارت العشَرةُ بالعَشَرة، ولم يَبقَ بمُقابَلة الثَّوبِ شيءٌ، فلا يَبيعُه مُرابَحةً.

ولا يُقالُ: على هذا يَنبَغي أن يَفسُدَ الشِّراءُ الثّانِي في الفَصل الثّانِي: لأن الرِّبحَ الأوَّلَ لم يَصِر مُقابَلًا بالثَّمَن الثّانِي حَقيقةً، وإنما ثبَتَ له شُبهةُ الْمُقابَلةِ من حيث إن للتَّأكيد شَبَهًا بالإيجاب، والشُّبهةُ تَكفي لِمَنع بيعِ الْمُرابَحةِ، ولا تَكفي لإفساد العقدِ؛ لأن المنعَ في بَيع الْمُرابَحةِ لحقِّ العبدِ لا لحقِّ الشَّرعِ، حتى يَجوزُ عندَ البَيانِ، وإذا رَضِي به بعدَ البيعِ يَجوزُ.

بخِلاف ما لو تَخلَّل بينَهما ثالِثٌ؛ لتَأكُّد الرِّبحِ بالبَيع من الثّالِث، ووُقوعِ الأمنِ به عن البُطلان، فلم يَستفِد[1] الْمُشتَري الأوَّلُ بالشِّراء الثّانِي تَأَكُّدَ الرِّبحِ، وهنا بخِلافه.

مَأذونٌ يُحيطُ دَينُه بذِمّته، باع من سَيِّده بخَمسةَ عَشَرَ ما ابتَاع بعَشَرةٍ: رابَح بعَشَرةٍ، كعَكسه.

عبدٌ مَأذونٌ عليه دَينٌ يُحيطُ برَقَبته، اشتَرى ثَوبًا بعشَرةٍ، وباعه من سَيِّده بخَمسةَ عشَرَ: باعه سَيِّدُه مُرابَحةً بعشَرةٍ، كعَكسه، أي لو اشتَراه سَيِّدُه بعشَرةٍ، وباعه من العَبد بخَمسةَ عشَرَ: باعه العبدُ مُرابَحةً بعشَرةٍ.

والْمُكاتَبُ كالْمَأذون.

ولو بَيَّن أنه اشتَراه من عَبده الْمَأذونِ الْمَديونِ، أو من مُكاتَبه: له أن يَبيعَه مُرابَحةً على خَمسةَ عشَرَ.

وأصلُه: أن الْمُرابَحةَ لَمّا كانت بيعًا بمِثل الثَّمَنِ الأوَّلِ وزيادةٍ.. بُنِيَت على الأَمانة ونفيِ الخِيانةِ حَقيقةً وشُبهةً، وقد تَمكَّنت الشُّبهةُ هنا؛ لأن العقدَ الذي جَرى بينَ الْمَولى

(١) في (و): (واستبد) بدل (فلم يستفد).

والعبدِ صَحيحٌ له شُبهةُ العدَمِ؛ لأنه عبدُه، والعبدُ وما في يَده لسَيِّده، وإنما صَحَّ العقدُ: لِمَكان الدَّينِ مع قِيامِ المانِعِ.

والحاصِلُ للعَبد لا يَخلو عن حقِّ الْمَولى؛ لأن مَكاسِبَ الْمُكاتَبِ والعبدِ الْمَديونِ مِلكُ الْمَولى من وجهٍ، فجُعِل العقدُ الذي جَرى بينَ السَّيِّدِ والعبدِ كالْمَعدوم في حقِّ الْمُرابَحةِ، وبَقِيَ الاعتِبارُ للعَقد الأوَّلِ، وصار كأن العبدَ اشتَراه للمَولى بالوَكالة بعشَرةٍ في الفَصل الأوَّلِ، وكأن العبدَ يَبيعُه للمَولى بالوَكالة في الفَصل الثّانِي، فيُعتبَرُ الثَّمَنُ الأوَّلُ.

مُضارِبٌ بالنِّصف باع(ز) ما اشتَرى بعشَرةٍ من ربِّ المالِ بخَمسةَ عشَرَ: رابَح باثنَي عشَرَ ونِصفٍ.

مُضارِبٌ بالنِّصف باع ما اشتَرى بعشَرةٍ من ربِّ المالِ بخَمسةَ عشَرَ: رابَح باثنَي عشَرَ ونِصفٍ.

صُورتُه: رَجُلٌ دَفَع إلى رَجُلٍ عشَرةَ دَراهِمَ مُضارَبةً على أن يَكونَ الرِّبحُ نِصفَين، فاشتَرى الْمُضارِبُ بالعَشَرة ثَوبًا، ثم باعه من ربِّ المالِ بخَمسةَ عشَرَ دِرهَمًا: فإن هذا البيعَ يَجوزُ عندَنا.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَجوزُ بيعُ ربِّ المالِ من الْمُضارِب، ولا بيعُ الْمُضارِبِ من ربِّ المالِ.. إذا لم يكن في المال رِبحٌ؛ لأن البيعَ تَمليكُ مالِ نفسِه بمال غيرِه، وهو هنا يَشتَري مالَه بماله.

ولنا: أن كلَّ واحِدٍ منهما بهذا العقدِ يَستفيدُ مِلكَ اليدِ، وإن لم يَستفِد مِلكَ الرَّقَبةِ، وجَوازُ العقدِ يَتبَعُ الفائِدةَ.

وإذا جاز البيعُ عندَنا فإذا أَراد ربُّ المالِ أن يَبيعَه مُرابَحةً باعه مُرابَحةً على اثنَي عشَرَ دِرهَمًا ونِصفٍ؛ لأنّا وإن قَضَينا بجَوازه ففيه شُبهةُ عدَمِ الجَوازِ؛ لأن الْمُضارِبَ وَكيلٌ عن ربِّ المالِ في البَيع الأوَّلِ من وجهٍ؛ فإنه يَعمَلُ له من وجهٍ في ماله، ولهذا يَرجِعُ بالعُهدة على ربِّ المالِ.

فصار بيعُ الْمُضارِبِ مع ربِّ المالِ باطِلًا في حقِّ نِصفِ الرِّبحِ؛ لأن ذلك حقُّ ربِّ المالِ، فأما دِرهَمان ونِصفٌ: فحقُّ الْمُضارِبِ، ولا شُبهةَ في أَصل الثَّمَنِ، فلذا يَبيعُه مُرابَحةً على اثنَي عشَرَ دِرهَمًا ونِصفٍ.

رابَح بلا بَيانٍ(س ز ف) بالتَّعيُّب، ووطءِ الثَّيِّبِ.
وبالتَّعييب، ووطءِ البِكرِ: ببَيانٍ.

رابَح بلا بَيانٍ بالتَّعيُّب ووَطْء الثَّيِّبْ، وببَيانٍ بالتَّعيُّب ووَطْءِ البِكرَ، أي لو اشتَرى أمةً، فاعورَّت عندَه، أو وَطِئها وهي ثَيِّبٌ: باعها مُرابَحةً بلا بَيانٍ؛ لأن جَميعَ ما يُقابِلُه الثَّمَنُ قائِمٌ؛ إذ الفائِتُ وصفٌ، فلا يُقابِلُه شيءٌ من الثَّمَن إذا فات بلا صُنع أحدٍ، ومَعنى أداءِ الأمانةِ: بالصِّدق، وهو صادِقٌ إذا بَقِي جَميعُ ما يُقابِلُه الثَّمَنُ.

ولهذا لو فات في يَد البائِعِ قبلَ قبضِ الْمُشتَري لا يَسقُطُ باعتِباره شيءٌ من الثَّمَن، إلا أن الْمُشتريَ بالخِيار، إن شاء أَخذه بكلِّ الثَّمَنِ، وإن شاء تَركه.

وكذا الْمُستوفَىٰ بوَطء الثَّيِّبِ لا يُقابِلُه شيءٌ من الثَّمَن؛ لأنه ليس بمالٍ.

والْمَسألةُ فيما إذا لم يَنقُصها الوطءُ.

وعن أبي يوسفَ -وهو قولُ زفرَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ- في الفَصل الأوَّلِ: لا يَبيعُ بلا بَيانٍ؛ لاحتِباس جُزءٍ من العَين عندَه، فصار كما لو احتَبَس بفِعله، ولو عَلِمه الْمُشتَري لَمَا رَغِب فيه.

فإن فقأ عينها بنفسه، أو فقأها أجنبيٌّ، فأخذ أرْشَها: لم يَبِعها مُرابحةً حتى يُبيِّنَ؛ لأنه حبَس[1] بعضَ الْمَبيعِ، فلا يَملِكُ بيعَ الباقِي بالكلّ؛ إذ الأوصافُ إذا صارت مَقصودةً بالتّناوُل صار لها حِصّةٌ من الثَّمَن، حتى إذا أتلَف البائعُ شيئًا من أوصاف الْمَبيعِ تَسقُطُ حِصّتُه من الثَّمَن.

وهذا لأن ما فات كالسّالِم له معنًى، يَأخُذُ بدَلَه إن جَنى غيرُه، وكذا إن جَنى بنَفسه؛ لأنه لولا الْمِلكُ لكان مَضمونًا عليه، فصار سُقوطُ الضَّمانِ عنه كالبَدَل له.

وإذا وَطِئها وهي بِكرٌ لم يَبِعها مُرابَحةً حتى يُبيِّنَ؛ لأن العُذرةَ جُزءٌ من العَين، فيُقابِلُها شيءٌ من الثَّمَن، فصار إزالتُها كقَطع العُضوِ، وقد حَبَسها، فلا يُرابِحُ بلا بَيانٍ.

ومن اشتَرى ثَوبًا، فأَصابه فَرْضُ[2] فأرٍ، أو حَرْقُ نارٍ -والفَرْضُ[3] بالفاء، وقِيل بالقاف-: يَبيعُها مُرابَحةً بلا بَيانٍ.

وإن تكسَّر الثَّوبُ بنَشره وطَيِّه، فانتقَص: لَزِمه البَيانُ؛ لِما بَيَّنّا.

اشتَرى بألفٍ نَسيئةً[4]، وباع بِربح مِائةٍ بلا بَيانٍ: خُيِّر الْمُشتَري، فإن أتلَف فعَلِم: لَزِم بألفٍ ومِائةٍ، وكذا التَّولِيةُ(س).

ومن اشتَرى شيئًا بألفٍ نَسيئةً، فباعه بِربحِ مِائةٍ بلا بَيانٍ، فعَلِم الْمُشتَري بذلك: فله الخِيارُ، إن شاء رَدَّه، وإن شاء أخَذه بكلِّ الثَّمَنِ؛ لأن للأجَل شَبَهًا بالْمَبيع؛ فإنه يُزادُ في الثَّمَن لأجْل الأجَلِ، فأُلحِق بحَقيقته احتياطًا، فصار كأنه اشتَرى شَيئَين، ثم باع أحَدَهما

---

(١) في (أ): جنس.

(٢) في (ب) و(و): قرض.

(٣) في (ب): والقرض.

(٤) النَّساء بالمد: التأخير، يقال بعته بنَساءٍ ونَسيءٍ ونسيئةٍ.. بمعنًى. «المغرب» ص٤٦٢.

مُرابَحةً بثَمَنهما.

وذِكرُ الْمُرابَحةِ دَلالةٌ على السَّلامة عن مِثل هذه الجِنايةِ، فإذا ظَهَر خِلافُه يُخيَّرُ، كما في العَيب.

فإن أتلَف الْمُشتَري الْمَبيعَ، ثم عَلِم: لَزِمه بألفٍ ومِائةٍ، ولا يَرجِعُ بشيءٍ؛ لأنه لا حِصّةَ للأجَل من الثَّمَن حَقيقةً.

وكذا التَّولِيةُ، أي إن وَلّاه رَجُلًا، ولم يُبيِّن أن الثَّمَنَ نَسيئةٌ، ثم عَلِم الْمُشتَري: رَدَّه إن شاء؛ لأن الخِيانةَ في التَّولِيَة مِثلُ الخِيانةِ في الْمُرابَحة؛ لِبنائهما[1] على الثَّمَن الأوّلِ.

وإن أتلَفه، ثم عَلِم: لَزِمه بألفٍ حالٍّ، ولا يَرجِعُ على البائِع بشيءٍ؛ لِما مَرّ.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَرُدُّ قِيمةَ العَينِ، ويَستَرِدُّ كلَّ الثَّمَنِ، كما قال فيما إذا استَوفى عشرةً زَيفًا مَكانَ عشرةٍ جيِّدةٍ، وعَلِم بعدَ الإنفاقِ، فعندَه: يَرُدُّ مِثلَ الزُّيوفِ، ويَرجِعُ بالجِياد.

وكان الفَقيهُ أبو جَعفَرٍ يَختارُ للفتوى أن يُقوَّمَ الْمَبيعُ بثَمَنٍ حالٍّ وبثَمَنٍ مُؤجَّلٍ، فيَرجِعَ الْمُشتَري على البائِع بفَضل ما بينَهما؛ عمَلًا بعادة النّاسِ.

وهذا إذا كان الأجَلُ مَشروطًا في العَقد، وإن لم يكن الأجَلُ مَشروطًا في العَقد، ولكنه مَرسومٌ مُتعارَفٌ، كما هو الرَّسمُ بينَ التُّجّارِ أن لا يُطالِبوا بالثَّمَن جُملةً، بل الْمُشتَري يُؤدِّي الثَّمَنَ مُنجَّمًا في كلِّ أُسبوعٍ، ثم إن الْمُشتَريَ باعه مُرابَحةً.. فقِيل: لا بُدَّ من بَيانه؛ لأن الثّابتَ بالعُرف كالْمَشروط بنصِّ العاقِدَين، ولو كان الأجَلُ مَشروطًا لم يَبِعه مُرابَحةً بلا بَيانٍ، فكذا إذا كان مُتعارَفًا؛ ألا تَرى أن الوَرَام[2] في بَعض الأشياءِ

(١) في (أ): لبنائها.

(٢) كذا في (أ) و(د)، وفي (ب): الدراهم، وفي (ج) و(و): اللوازم، وفي «المبسوط» للسرخسي=

تُستحَقُّ بالعُرف، وتُجعَلُ كالمَشروط، فهذا كذلك.

والجُمهورُ على أنه يَبيعُه مُرابحةً بلا بيانٍ؛ لأن الثَّمَنَ حالٌّ، وبأن[1] سامَحه البائعُ واستَوفى الثَّمَنَ منه مُنجَّمًا.. لا يَخرُجُ من أن يَكونَ حالًّا.

قال صاحِبُ «الْمُحيطِ» رَحِمَهُ اللَّهُ فيه: ذِكرُ الخِيارِ في الأجَل الْمَشروطِ رِوايةٌ فيمن اشتَرى شيئًا، وصار مَغبونًا غَبْنًا فاحِشًا أن له أن يَرُدَّه على البائِع بحُكم الغَبنِ.

وقال القاضِي أبو عليٍّ النَّسَفيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: فيه رِوايتان عن أَصحابنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ، ويُفتى[2] بِرواية الرَّدِّ؛ رِفقًا بالنّاس.

وكان صدرُ الإسلامِ أبو اليُسرِ رَحِمَهُ اللَّهُ يُفتي بأن البائِعَ إن قال للمُشتَري: (قِيمةُ مَتاعي كذا)، أو قال: (مَتاعي يُساوي كذا)، فاشتَرى بِناءً على ذلك، فظَهَر بخِلافه: له الرَّدُّ بحُكم التَّغريرِ، وإن لم يقل ذلك فليس له الرَّدُّ.

ويعضُهم لا يُفتون بالرَّدِّ بكلِّ حالٍ.

والصَّحيحُ: أن يُفتى بالرَّدِّ إذا وُجِد التَّغريرُ، وبدُونه لا يُفتى بالرَّدّ.

وَلّى بما قام عليه، ولم يَعلَم الْمُشتَري بكم قام: فَسَد، وخُيِّر لو عَلِم في الْمَجلِس.

ومن وَلّى رَجُلًا شيئًا بما قام عليه، ولم يَعلَم الْمُشتَري بكم قام عليه: فَسَد البيعُ؛ لأن الذي قام عليه اسمٌ لِما اشتَراه به ولِما لَحِقه من الْمُؤَن التي تُلحَقُ بالثَّمَن، وذا لا

=١٣/ ٧٩: الورثة.

قال في «المغرب» ص٤٨٣: الوَرَام: عبارة فارسية تجري على ألسنة التجار. انتهى، وفي «تكملة المعاجم العربية» ١١/ ٥٧: معناه: نقصٌ في الوزن يوجب نقصًا في الثمن.

(١) في (ب): وإن.

(٢) في (و) و(هـ): ونفتي.

يُعرَفُ إلا ببيان البائِع، فإذا لم يُبيِّن كان الثَّمَنُ مَجهولًا، فيَفسُدُ البيعُ.

فإن أعلَمه البائِعُ في الْمَجلِس صَحَّ البيعُ، وللمُشتَري الخِيارُ، إن شاء أخَذه، وإن شاء تَرَكه؛ لأن جَهالةَ الثَّمَنِ فَسادٌ في صُلب العقدِ، إلا أنه في مَجلِس العقدِ غيرُ مُتقرِّرٍ؛ لأن ساعاتِ الْمَجلِسِ كساعةٍ واحِدةٍ؛ دفعًا للعُسر، وتَحقيقًا لليُسر، فصار التَّأخيرُ إلى آخِر الْمَجلِسِ عفوًا، كتأخير القَبولِ، فإن القَبولَ في آخِر الْمَجلِسِ يَرتبِطُ بالإيجاب، وإن تَخلَّلت بينَهما ساعاتٌ، فكذا العِلمُ الحاصِلُ في آخِر الْمَجلِسِ كالعِلم الحاصِلِ في أوَّله، فيَصِحُّ على تَقدير الابتِداءِ.

فأما بعدَ الافتِراقِ[1]: فإصلاحٌ لا ابتِداءٌ؛ لتَقرُّر الفَسادِ بالافتِراق، وهذا فَسادٌ لا يَحتمِلُ الإصلاحَ، ونَظيرُه: بيعُ الشَّيءِ برَقْمه.. أن البيعَ فاسِدٌ، فإن أعلَمه البائِعُ في الْمَجلِس صَحّ، وإلا لا.

وإنما يُخيَّرُ: لخلَلٍ في الرِّضا؛ لأن الرِّضا لم يَتكامَل قبلَ الْمَعرِفةِ بمِقدار الثَّمَنِ، كما لا يَتكامَلُ بعَدَم[2] الرُّؤيةِ؛ للجَهل بصِفات الْمَبيعِ، فوُرودُ الشَّرعِ بإثبات الخِيارِ ثَمَّ وُرودٌ هنا.

فإن قِيل: يَنبَغي أن لا يَكونَ للمُشتَري الخِيارُ بينَ الفسخِ والإمضاءِ؛ لِما مَرَّ أن الْمَوجودَ في آخِر الْمَجلِسِ كالْمَوجود[3] في أوَّله.

قُلنا: نعم! إن الْمَوجودَ في آخِر الْمَجلِسِ كالْمَوجود في أوَّله، والرِّضا غيرُ مَوجودٍ في آخِر الْمَجلِسِ حتى يُجعَلَ كالْمَوجود في أوَّله، فلهذا كان له الخِيارُ.

---

(١) في (د): الاقتران.

(٢) في سوى (أ) و(ج): لعدم.

(٣) في (ج): يجعل كالموجود.

ثوبانِ سِيّانِ[1] بعِشرين سَلَمًا، أو بيعًا: لم يُرابَح[م-م] ثَوبٌ بعشَرةٍ، ويُرابَحُ لو فصَّل.

ثَوبانِ سِيّانِ بعِشرين سَلَمًا أو بيعًا: لم يُرابَح ثَوبٌ بعشَرةٍ، ويُرابَحُ لو فصَّل.

أي لو أسلَم عشَرةَ دَراهِمَ في ثَوبَين من جِنسٍ واحِدٍ، وبيَّن جِنسَهما، ونَوعَهما، وصِفتَهما، وذَرْعهما.. على السَّواء، وقَبَضهما عندَ محِلِّ الأجَلِ، وأَراد أن يَبيعَ أحَدَهما مُرابَحةً على خَمسةٍ: يُكرَهُ ما لم يُبيِّن.

وقالا: لا يُكرَهُ؛ لأن حِصّةَ كلِّ واحِدٍ من رَأس المالِ مَعلومٌ؛ لأنه يَنقسِمُ عليهما باعتِبار الصِّفةِ، وهما سِيّانِ، فصار كما لو سَمّى حِصّةَ كلِّ واحِدٍ منهما.

ولأبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن رأسَ المالِ يَنقسِمُ عليهما بعدَ القبضِ باعتِبار قِيمتِهما لا باعتِبار صِفتِهما؛ إذ الصِّفةُ في الحاضِر لغوٌ، وإنما تُعتبَرُ حينَ كانا مَوصوفَين في الذِّمّة، والقِيمةُ تَختلِفُ باختِلاف الْمُقوِّمين، فيُكرَهُ بيعُه مُرابَحةً، كما لو اشتَراهما.

ولو اشتَرى ثَوبَين بعشَرةٍ، كلَّ واحِدٍ منهما بخَمسةٍ.. بعقدٍ واحِدٍ، ثم باع أحَدَهما مُرابَحةً على خَمسةٍ: لا يُكرَهُ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُكرَهُ؛ لأن ضمَّ الرَّديءِ إلى الجيِّد لتَرويج الرَّديءِ من عادة التُّجّارِ، فتَمكَّنت فيه التُّهمةُ، فيُكرَهُ.

ولهما: أن ثمَنَ كلِّ واحِدٍ منهما مَعلومٌ، سَواءٌ كان جيِّدًا أو رَديئًا، فلا تُهمةَ.

اشتَرى ثوبًا بعَشَرةٍ يُساوِيها، وآخَرُ ثَوبًا بعَشَرةٍ يُساوِي عِشرين، وأمَره ببَيعه معه، فقال لرَجُلٍ: (قاما بعِشرين، وأبيعُك بربحِ عَشَرةٍ)، فاشتَرى، ووَجَد بثَوب الآمِرِ عَيبًا، فقال: (اشتَريتُهما صَفقةً، فأرُدُّه بثُلثَي الثَّمنِ)، وقال البائعُ: (بصفقتَين)، فرَدَّ بنِصفه[2]:

(١) السِّيّانِ: المثلانِ، والواحد سِيٌّ. «المختار» ص١٥٩.

(٢) في (ع): يرد نصفه بنصفه.

فالقولُ[1] والبيِّنةُ للمُشتَري، ورَجَع الْمَأمورُ على الآمِرِ بِنصفه.

ولو اشتَرى ثَوبًا بعشَرةٍ يُساوِي عشرةً، واشتَرى آخرُ ثَوبًا بعشَرةٍ يُساوِي عِشرين، وأمَره ببَيعه مع ثَوبِه، فقال الْمَأمورُ لرَجُلٍ: (قام الثَّوبان عليَّ بعِشرين، وأبيعُك بِربح عشَرةٍ)، فاشتَراهما، وقَبَضهما، ووَجَد بثَوب الآمِرِ عَيبًا، وأَراد ردَّه، فقال الْمُشتَري: (اشتَريتُهما صَفْقةً واحِدةً بعِشرين، وانقَسَم الثَّمَنُ والرِّبحُ أثلاثًا، فأَرُدُّه بثُلُثَي الثَّمَنِ)، وقال البائِعُ: (بصَفْقتَين)، فرَدَّ بالنِّصف: فالقولُ للمُشتَري.

لأن الثَّمَنَ الأوَّلَ إن كان مُتفرِّقًا -أي في صَفْقتَين- فالثَّمَنُ الثَّاني يَنقسِمُ بقَدْر الثَّمَنَين، وإن كان مُجتمِعًا -أي في صَفْقةٍ- فعلى القِيمتَين.

وظاهِرُ ما قال البائِعُ شاهِدٌ للمُشتَري؛ لأنه قال: (قاما عليَّ بعِشرين)، وذا إنما يُستعمَلُ في صَفْقةٍ واحِدةٍ، فكان القولُ للمُشتَري مع يَمينِه: (باللهِ ما يَعلَمُ أن الأمرَ كما قال البائِعُ).

وإن أَقاما البيِّنةَ: فالبيِّنةُ للمُشتَري أيضًا؛ لأنه يُثبِتُ الزِّيادةَ في ثَمَن الثَّوبِ الْمَردودِ، فيَرُدُّ الثَّوبَ[2]، ويَأخُذُ من البائِعِ عِشرين ثُلُثَي الثَّمَنِ، ويَرجِعُ الْمَأمورُ على الآمِرِ بِنصف الثَّمَنِ خَمسةَ عشَرَ، ويَغرَمُ خَمسةً في ماله؛ لأن لُزومَ الزِّيادةِ بقَوله: (قاما عليَّ بكذا).

وفي عَكسه: القولُ للبائِع، والبيِّنةُ للمُشتَري.

وفي عَكسه: القولُ للبائِع، أي لو ادَّعى الْمُشتَري صَفْقتَين، وادَّعى البائِعُ صَفْقةً: فالقولُ للبائِع؛ لأنه يُنكِرُ زِيادةَ الصَّفْقةِ، والبيِّنةُ للمُشتَري؛ لأنه يُثبِتُ زِيادةَ الصَّفْقةِ، والبيِّناتُ للإثبات، واللهُ أعلَمُ.

(١) في (ف): فالقول للبائع.

(٢) في (و): الثمن.

فصل

[في بيان التصرف في المبيع والثمن قبل قبضه والزيادة والحط فيهما وتأجيل الديون[1]]

صحَّ بيعُ العَقارِ قبلَ قبضِه(م ز ف)، لا الْمَنقولِ.

صَحَّ بيعُ العقارِ قبلَ قبضِه، لا بيعُ الْمَنقولِ.

وقال مالكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَصِحُّ بيعُ الْمَبيعِ قبلَ القبضِ في غَيرِ الطَّعامِ؛ لأنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال فيه: «يدًا بيدٍ»[2] لا في غيرِه.

وقال محمدٌ وزفرُ والشّافعيُّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: لا يَصِحُّ بيعُ العقارِ قبلَ القبضِ أيضًا؛ لأنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عن بَيعِ ما لم يُقبَض[3]، وهذا عامٌّ لم يَلحَقه خُصوصٌ، فلا يَصِحُّ تَخصيصُه بالقِياس.

ولأنه مَبيعٌ لم يُقبَض، فلم يَصِحَّ بيعُه، كالْمَنقول؛ وهذا لأن البيعَ لم يُشرَع إلا

---

(١) كذا ترجمه في «البحر الرائق» ٦/ ١٢٦.

(٢) رواه البخاري (٢٠٦٠)، ومسلم (١٥٨٧).

(٣) رواه الطبراني في «الأوسط» (١٥٥٤)، وقال في «نصب الراية» ٤/ ٣٢: فيه أحاديث: منها ما أخرجه أبو داود (٣٤٩٩) عن عبد الله بن عمر قال: ابتعت زيتًا في السوق، فلما استوجبته لقيني رجل، فأعطاني فيه ربحًا حسنًا، فأردت أن أضرب على يده، فأخذ رجل من خلفي بذراعي، فالتفتُّ فإذا زيد بن ثابت، قال: لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك، فإن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم... إلخ.

بالقُدرة على التَّسليم، وذا يَكونُ[1] باليَد، ولا يدَ للمُشتَري على الْمَبيع قبلَ القبضِ، فلا يَقدِرُ على تَسليمه عندَ العقدِ، فلا يَصِحُّ بيعُه، ولهذا لا يَجوزُ للمُشتَري أن يُؤْجِرَ الدَّارَ الْمُشتَراةَ قبلَ القبضِ.

ولهما: أنه لا يُتوهَّمُ انفِساخُ العقدِ فيه بالهَلاك، وهو مَقدورُ التَّسليمِ، فيَصِحُّ بيعُه، كالْمَمهور؛ وهذا لأن هَلاكَ العَقارِ نادِرٌ؛ إذ لا يُمكِنُ تَغييبُه[2] ليَصيرَ هالِكًا حُكمًا، وإنما يَثبُتُ له صِفةُ الهَلاكِ إذا صار بحرًا، وهذا أبعَدُ من استِحقاق الْمَنقولِ بعدَ القبضِ.

والْمُطلَقُ للتَّصرُّف الْمِلكُ، وهو حاصِلٌ، لكن الاحتِرازُ عن الغَرَر واجِبٌ، فإذا لم يُتوهَّم غرَرُ الانفِساخِ فات المانِعُ، فصَحَّ العقدُ، بخِلاف الْمَنقولِ؛ لتَوهُّم انفِساخِ العقدِ فيه بهَلاكه، فتَبيَّن أنه باع ما لا يَملِكُه، فيَتمكَّنُ فيه غرَرٌ، وقد نَهى النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيعٍ فيه غرَرٌ[3].

والحَديثُ مَخصوصٌ؛ فبيعُ[4] المهرِ، وبدَلِ الخُلعِ والصُّلحِ عن دَم العمدِ، والْمِيراثِ.. قبلَ القبضِ: يَصِحُّ اتِّفاقًا؛ لِما أنه لا يُتوهَّمُ انفِساخُ العقدِ بالهَلاك، فكذا لا يُتوهَّمُ انفِساخُ العقدِ هنا.

على أنه لم يَتناوَل الْمُتنازَعَ؛ إذ لا يَتأتَّى فيه القبضُ الحَقيقيُّ؛ لأنه يَكونُ بالنَّقل، فتكونُ الْمَسألةُ مَبنيّةً على الاختِلاف[5] في غَصب العَقارِ.

---

(١) في (هـ): وذا لا يكون.

(٢) في (هـ) و(و): تعييبه.

(٣) رواه مسلم (١٥١٣).

(٤) في (ج): ببيع.

(٥) في (و): الخلاف.

وإجارةُ العَقارِ قبلَ القبضِ على الخِلاف، والأصَحُّ أن الإجارةَ لا تَصِحُّ اتِّفاقًا، وعليه الفَتوى؛ لأن الإجارةَ تمليكُ الْمَنافعِ، والْمَنافعُ كالْمَنقول في احتِمال الهَلاكِ.

اشتَرى مَكيلًا كَيلًا: حَرُم بيعُه وأكلُه حتى يَكيلَه.
ومِثلُه الْموزونُ والْمَعدودُ[س ا م]، لا الْمَذروعُ[س م].

ومن اشتَرى مَكيلًا كيلًا، أو مَوزونًا وزنًا، أو مَعدودًا عدًّا: لم يَجُز للمُشتَري منه بيعُه وأكلُه حتى يَكيلَه أو يَزِنَه أو يَعُدَّه.

ولو اشتَرى مَذروعًا مُذارَعةً، فباعه قبلَ الذَّرعِ: صَحّ.

وأصلُه: أن الأموالَ ثَلاثةُ أنواعٍ: مُقدَّراتٌ، كالْمَكيلات والْموزوناتِ، وعدَديّاتٌ مُتقارِبةٌ، ومَذروعاتٌ.

فإن اشتَرى شيئًا منها مُشارًا إليه مُجازَفةً: صَحَّ التَّصرُّفُ فيه بعدَ القبضِ؛ لأنه مَعلومٌ بالإشارة.

وإن اشتَرى شيئًا منها بشَرط كيلٍ، أو وزنٍ، أو عدٍّ، أو ذَرْعٍ.. فإن لم يَقبِض: بَطَل التَّصرُّفُ فيه، وبعدَ القبضِ: لم يَجُز التَّصرُّفُ في الْمَكيل والْمَوزونِ قبلَ الكيلِ والوزن؛ لنَهيه عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عن بَيع الطَّعامِ حتى يَجريَ فيه صَاعان: صاعُ البائِع، وصاعُ الْمُشتَري[1]، والنَّهيُ عن البيع يَقتَضي الفَسادَ إذا كان لِمَعنًى في البَيع، وقد وُجِد؛ إذ البيعُ تَناوَل ما يَحوِيه الكيلُ والوزنُ، وهو مَجهولٌ، فربما يَزيدُ ويَنقُصُ، فما لم يَكِلْ لنَفسه أو يَزِنْ لا يَمتازُ الْمَبيعُ عن غَيره، فكان الْمَبيعُ مَجهولًا، فيَفسُدُ البيعُ.

ولأن أصلَ القبضِ شرطُ جَوازِ التَّصرُّفِ في الْمَبيع، فكان تَمامُ القبضِ شرطًا أيضًا، والكيلُ والوزنُ فيما بِيعَ كيلًا ووزنًا.. من تَمام القبضِ؛ لأن القَدْرَ مَعقودٌ عليه فيما بِيعَ

(١) رواه ابن ماجه (٢٢٢٨)، والدارقطني (٢٨١٩).

كيلًا ووزنًا، حتى يَلزَمُه ردُّ الزِّيادةِ إن زاد، ويَنقُصُ من الثَّمَن حِصَّةَ ما انتَقَص.

والقَبضُ غيرُ مُعيَّنٍ لتَوهُّم الزِّيادةِ والنُّقصانِ.

بخِلافِ ما إذا باع مُجازَفةً؛ لأن الزِّيادةَ له؛ إذ البيعُ وَقَع على الْمُشار إليه لا على مِقدارٍ بعَينه، وتَصوُّرُ الزِّيادةِ في الْمُجازَفة بأن يَكونَ لرَجُلٍ طَعامٌ، فاكتَاله، ثم باعه مُجازَفةً، فاكتَاله الْمُشتَري، فزاد على الكَيل الأوَّلِ: فالزِّيادةُ للمُشتَري.

وبِخِلاف ما إذا باع الثَّوبَ مُذارَعةً؛ لأن الذَّرْعَ صِفةٌ، حتى لو زاد كانت الزِّيادةُ له، ولو انتَقَص لم يَرجِع بشيءٍ، فلم يكن فيه جَهالةٌ ولا اختِلاطُ الْمَبيعِ بغَيره؛ لكَون الزِّيادةِ مَبيعًا تَبَعًا، والزِّيادةُ هنا للبائِع؛ إذ القَدْرُ ليس بوصفٍ، والتَّصرُّفُ في مال الغيرِ حَرامٌ، فيَجِبُ التَّحرُّزُ عنه، ولا يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه إلا بالكَيل والوزنِ، فيَجِبان.

ولا مُعتَبَرَ بكَيل البائِعِ قبلَ البيعِ، وإن كان بحَضرة الْمُشتَري؛ لأن الشَّرطَ[1] صاعُ البائِعِ والْمُشتَري، ولم يُوجَد، ولأن الكيلَ لتَعيين الْمَبيعِ، ولا بيعَ هنا، فلا يُعتَبَرُ التَّعيينُ قبلَه.

ولا بكَيله[2] بعدَ البيعِ بغَيبة الْمُشتَري؛ لأن الكيلَ من باب التَّسليمِ؛ إذ به يَمتازُ الْمَبيعُ عن غَيره، ولا تَسليمَ إلا بحَضرة الْمُشتَري؛ إذ لا تَسليمَ بلا مُسلَّمٍ حاضِرٍ، فالتَّسليمُ إلى الغائِب لا يَتحقَّقُ.

ولو كاله البائِعُ بعدَ البيعِ بحَضرة الْمُشتَري مرَّةً.. قيل: لا يُكتَفى به؛ لظاهِرِ ما رَوَينا، والصَّحيحُ: أنه يُكتَفى به، وعليه الجُمهورُ؛ إذ الغَرضُ منه إعلامُ الْمَبيعِ وإفرازُه، وذا حاصِلٌ بالكَيل مرَّةً.

---

(١) في (ب): لأن الشرط هنا.

(٢) أي ولا معتبر بكيله.. وفي (و): ولا بكيله.

والحَديثُ مَحمولٌ على الْمُسْلَم إليه إذا اشتَرى بُرًّا مِثلَ الْمُسلَمِ فيه بشَرط الكيلِ، ووَكَّل ربَّ السَّلَمِ باقتِضائه، فإنه لا يَصِحُّ إلا بصاعَين؛ لاجتِماع الصَّفقتَين بشَرط الكيلِ، أحَدُهما: شِراءُ الْمُسلَمِ إليه، وثانِيهما: قبضُ ربِّ السَّلَمِ لنَفسه، وهو كالبَيع الجَديدِ، فتَجتمِعُ الصَّفْقتان.

وعلى بَيع العَينِ، بأن باع مَكيلًا مُكايَلةً بعدَما اشتَراه مُكايَلةً، فإنه يَحتاجُ إلى كَيلَين.

والْمَعدودُ عندَ أبي يوسفَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ كالْمَذروع؛ إذ لا يَجري الرِّبا بينَ الْمَعدودَين، كما لا يَجري بينَ الْمَذروعَين.

وعندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُٱللَّهُ: كالْمَوزون؛ لأنه ساواه فيما تَعلَّق به الفَسادُ، وهو جَهالةُ الْمَبيع؛ لاحتِمال الزِّيادةِ[1]، فإن من اشتَرى جوزًا على أنه ألفٌ، فوَجَده ألفًا وزِيادةً: لَزِمه ردُّ الزِّيادةِ، وإن انتَقص رَجَع بحِصّته من الثَّمَن.

بخِلاف الرِّبا؛ فإنه مَبنيٌّ على قِيام الْمُماثَلةِ بدَليلٍ يُوجِبُها، ولم يُوجَد، فكان قولُه أوضَحَ.

فلو اكتَال، ووَلّى آخَرَ، فكال، وزاد ما لم يَجرِ[2] بينَ الكَيلَين: رَدَّه، وإلا لا.

ولو اشتَرى كُرَّ بُرٍّ، واكتَاله، ثم وَلّاه آخَرَ، فكال الْمُشتَري، فزاد ما لم يَجْرِ بينَ الكَيلَين: رَدَّه على بائِعه؛ لظُهور الخطأِ قطعًا، وإن كان يَجري لا يَرُدُّه، وهو للمُشتَري بكلِّ الثَّمنِ؛ لأن هذا تَفاوُتٌ لا يُمكِنُ اعتِبارُه.

ويُتصرَّفُ في الثَّمَن قبلَ قبضِه، ويُزادُ(ز ف)، ويُحطُّ(ز ف)، ويُزادُ(ز ف) الْمَبيعُ، وتَعلَّق الاستِحقاقُ بكلِّه.

(١) في حاشية (ب): جهالة. نسخة.

(٢) في (م): وزاد لم يجز بين.

والتَّصرُّفُ في الثَّمَن قبلَ قبضِه جائِزٌ؛ لأن الْمُطلَقَ للتَّصرُّف الْمِلكُ، وقد وُجِد، والنَّهيُ[1] وَرَد في الْمَبيع؛ لاحتِمال غرَرِ الانفِساخِ بالهَلاك، وليس فيه غرَرُ الانفِساخِ بالهَلاك؛ لأنه دَينٌ ثابِتٌ في الذِّمّة، ولا يَتعيَّنُ بالتَّعيين.

ويَجوزُ أن يُزادَ في الثَّمَن للبائِع، ويَجوزُ أن يُحَطَّ عن الثَّمَن ويُزادَ في الْمَبيع، ويَتعلَّقُ الاستِحقاقُ بكلِّه.

والأصلُ: أن الزِّيادةَ والحطَّ يَلتحِقان بأَصل العقدِ عندَنا، فيَصيرُ كأن العقدَ وَرَد على هذا القَدْرِ.

وعندَ زفرَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: لا يَصِحّان على اعتِبار الالتِحاقِ، بل على اعتِبار ابتِداءِ الهِبةِ؛ لأن الزِّيادةَ لو التَحقت بأَصل العقدِ لصارت ثَمَنًا، والثَّمَنُ اسمٌ لمالٍ[2] يُقابَلُ بمِلك الغَيرِ، والْمَبيعُ مِلكُ الْمُشتَري، فلو صَحَّحنا الزِّيادةَ لجَعَلنا مِلكَه مُقابَلًا بمِلكه، وذا لا يَجوزُ.

وكذا الحطُّ؛ لأن الثَّمَنَ كلَّه صار مُستحَقًّا بالعَقد، فلا يَخرُجُ بعضُه من أن يَكونَ ثَمَنًا إلا بفَسخ العقدِ في ذلك القَدْرِ، والفسخُ لا يَكونُ في أَحَد العِوَضَين دونَ الآخَرِ.

على أن الثَّمَنَ مَعقودٌ به، وفسخُ العقدِ في الْمَعقودِ عليه دونَ الْمَعقودِ به؛ ألا تَرى أن حطَّ الكلِّ بِرٌّ مُبتدأٌ، فكذا حطُّ البعضِ.

ولنا: أنهما بالزِّيادة أو الحطِّ غَيَّرا العقدَ من وصفٍ مَشروعٍ إلى وَصفٍ مَشروعٍ، فيَصِحُّ، ويُجعَلُ كالْمَذكور في أَصل العقدِ، كما لو كان البيعُ بخِيارٍ لهما، فأسقَطا الخِيارَ، أو بغَير خِيارٍ، فشَرَطا الخِيارَ لهما أو لأَحدهما.

(١) أي النهي عن بيع ما لم يقبض، وقد تقدم.

(٢) في (و): لما.

وهذا لأن البيعَ شُرِع رابِحًا وخاسِرًا وعَدْلًا، والزِّيادةُ في الْمَبيع أو الثَّمنِ أو الحطُّ يُغيِّرُه إلى أحَد هذه الأوصافِ، ولا يَرفَعُ أصلَه، كما شُرِع باتًّا وبخِيارٍ، والتَّخييرُ يُغيِّرُ وصفَه.

وهذا لأن الزِّيادةَ في الثَّمَن تَجعَلُ الخاسِرَ عَدْلًا، أو العَدْلَ رابِحًا، والحطَّ يَجعَلُ الرَّابحَ عَدْلًا، أو العَدْلَ خاسِرًا، وهما يَملِكان التَّصرُّفَ في أَصل العقدِ بالنَّقض بالإقالة، فأَولى أن يَملِكا تَغييرَه من وصفٍ إلى وصفٍ؛ لأن التَّصرُّفَ في صِفة الشَّيءِ أهوَنُ من التَّصرُّف في أَصله.

وإذا صَحَّت الزِّيادةُ والحطُّ التَحَقا بأَصل العقدِ؛ لأن وصفَ الشَّيءِ لا يَقومُ بنَفسه، وإنما يَقومُ بالْمَوصوف.

بخِلاف حطِّ الكلِّ؛ لأنه مُغيِّرٌ لأَصل العقدِ؛ لأنه يَصيرُ هِبةً، لا لوَصفه، فلا يَلتحِقُ به، ولأنه لو التَحَق بأَصل العقدِ يَفسُدُ العقدُ؛ لأنه يَبقى بيعًا بلا ثمَنٍ، فكان تَغييرًا للعَقد من وصفٍ مَشروعٍ إلى وصفٍ غيرِ مَشروعٍ.

ومتى جَوَّزنا الزِّيادةَ على اعتِبار الالتِحاقِ كانت الزِّيادةُ عِوَضًا عن مِلك الغيرِ لا عن مِلكه؛ إذ حُكمُ الزِّيادةِ حُكمُ الْمَزيدِ عليه.

ويَظهَرُ حُكمُ الالتِحاقِ في التَّولِية والْمُرابَحةِ، حتى يَجوزُ على الكلِّ في الزِّيادة، ويُباشِرُ على الباقي في الحطِّ وفي الشُّفعة، حتى يَأخُذُ بما بَقِي في الحطّ.

وإنما لم تَظهَر[1] الزِّيادةُ في حقِّ الشَّفيعِ، حتى كان له أن يَأخُذَ بالشُّفعة بدُون الزِّيادةِ: لأن حقَّ الشَّفيعِ مُتعلِّقٌ بالعَقد الأوَّلِ، فلا يَملِكان التَّصرُّفَ فيه فيما يَرجِعُ إلى الإضرار بالشَّفيع، فلم تَظهَر الزِّيادةُ في حقِّه، وثَمَّ لم يَتعلَّق بهذا العقدِ حقٌّ آخرُ، فظَهَرت

(١) في (د): وإنما تظهر.

الزِّيادةُ فيه.

وإنما[1] يُزادُ لو كان الْمَبيعُ محَلَّ العقدِ.

وإنما تَصِحُّ الزِّيادةُ إذا كان الْمَبيعُ قائِمًا بقِيام[2] محَلِّ العقدِ؛ لأن الزِّيادةَ تَغييرُ العقدِ من وصفٍ إلى وصفٍ، فتَستَدعي قِيامَ العقدِ، وقِيامُه بقِيام الْمَعقودِ عليه.

فلو آجَر الْمُشتَري، أو رَهَن، أو ذَبَح، أو خاط، أو اتَّخذ سيفًا: صَحَّت الزِّيادةُ.

فلو آجَر الْمُشتَرَىٰ، أو رَهَن، أو ذَبَح، أو خاط، أو اتَّخذ سيفًا، أو قُطِعت يدُه، وأخذ الْمُشتَري أَرْشَها: صَحَّت الزِّيادةُ؛ لقِيام الْمَعقودِ عليه؛ ألا تَرى أنه لو باع من الْمُرتهِن والْمُستأجِرِ، أو باع بعدَ الذَّبحِ والخِياطةِ وغيرِهما: يَصِحُّ.

ولو أعتَق، أو كاتَب، أو دَبَّر، أو استَولَد، أو مات، أو قَتَل، أو وَهَب، أو باع، أو طَحَن، أو نَسَج، أو تَخمَّر، أو أسلَم مُشتَري الخمرِ: لا.

ولو أعتَق، أو كاتَب، أو دَبَّر، أو استَولَد، أو مات، أو قَتَل، أو وَهَب، أو باع، أو طَحَن، أو نَسَج، أو تَخمَّر، أو أسلَم مُشتَري الخمرِ: لا تَصِحُّ الزِّيادةُ؛ لفَوات محَلِّ العقدِ، فالعقدُ لم يَرِد على الْمَطحون والْمَنسوجِ، ولهذا يَصيرُ الغاصِبُ أحَقَّ بهما، بخِلاف الذَّبحِ.

وعن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الزِّيادةَ تَصِحُّ، كالحطِّ.

وجهُ ظاهِرِ الرِّوايةِ: أن الْمَعقودَ عليه لم يَبقَ على وجهٍ يَصِحُّ الاعتِياضُ عنه، فلا يُمكِنُ إثباتُ الزِّيادةِ عِوَضًا؛ لأنه لا بُدَّ لإثبات الزِّيادةِ عِوَضًا من اعتِبارٍ، ثُم الاستِنادِ إلى

---

(١) في (ع): وإلا.

(٢) قوله: (قائمًا بقيام) مثبت من (و).

وَقت العقدِ، وقد تَعذَّر إثباتُها في الحال، فلا يَظهَرُ فيها حُكمُ الاستِنادِ، كالبَيع الْمَوقوفِ، فإنه لا بُدَّ من قِيام الْمَبيع عندَ الإجازةِ ليَثبُتَ الْمِلكُ مُستنِدًا إلى وَقت العقدِ.

وصحَّ الحطُّ في الكلّ.

وصَحَّ الحطُّ في الكلّ؛ لأن عمَلَه في إخراج القَدْرِ الْمَحطوطِ عن أن يَكونَ ثَمَنًا، فالشَّرطُ فيه قِيامُ الثَّمَنِ لا قِيامُ الْمَعقودِ عليه، والثَّمَنُ باقٍ، فيَثبُتُ الحطُّ على سَبيل الالتِحاقِ بأَصل العقدِ.

ولو زاد، ورُدَّ بعَيبٍ بقَضاءٍ: رَجَع بالثَّمَن والزِّيادةِ، ورَدَّ بائِعُه على بائِعه.

ولو جُدِّد العقدُ، أو تَقايَلا، فتبايَعا، ورُدَّ بقَضاءٍ: لا يَرُدُّ.

ولو اشترَى عبدًا بألفٍ، فباعه من آخرَ بمِائة دِينارٍ، فزاد الآخَرُ خَمسين دِينارًا، ورَدَّ بعَيبٍ بقَضاءٍ: رَجَع بالثَّمَن والزِّيادةِ؛ لأن الزِّيادةَ لما التَحقت بأَصل العقدِ صار الكلُّ ثَمَنًا، كأن العقدَ وَرَد على الكلّ.

ورَدَّ بائعُه على بائِعه؛ لأن الْمَبيعَ عاد إليه بما هو فسخٌ من كلِّ وجهٍ؛ إذ الرَّدُّ بالعَيب بقَضاءٍ فسخٌ في حقِّ الكلِّ، فصار كأن العقدَ لم يَجْرِ[1] بينَ الْمُشتَري الأوَّلِ وبينَ الْمُشتَري الثّانِي.

ولو جَدَّدا العقدَ، أو تَقايَلا، ثم تَبايَعا، ثم رُدَّ بقَضاءٍ: لا يَرُدُّ على بائِعه؛ لأن الإقالةَ بيعٌ في حقِّ الثّالثِ، والبائِعُ الأوَّلُ ثالِثُهما.

ولو زاد عَرَضًا يُساوِي نِصفَ الثَّمَنِ، وهَلَك قبلَ قبضِه: فُسِخ بيعُه في ثُلُث العقدِ.

ولو زاد الْمُشتَري الثّانِي عَرَضًا يُساوِي خَمسين دِينارًا نِصفَ الثَّمَنِ[2]، وهَلَك

(١) في (ب) و(و): لم يجز.

(٢) في (ب): الثمن الأول.

العَرْض قبلَ قبضِ الْمُشتَري الأوَّلِ: يَنفسِخُ البيعُ في ثُلُث العبدِ[1]؛ لأن الزِّيادةَ تَلتحِقُ بأَصل العقدِ، فكان البيعُ في ثُلُث العبدِ بيعَ مُقايَضةٍ، فيَنتقِضُ بهَلاكِ أحدِ العِوَضَين؛ لهَلاكِ الْمَعقودِ عليه قبلَ التَّسليمِ.

ولو رَدَّ ثُلُثَيه بعَيبٍ بقَضاءٍ: رَدَّ على بائِعه.

ولو رَدَّ ثُلُثَي العبدِ بعَيبٍ بقَضاءٍ رَدَّ كلَّ العبدِ على بائِعه الأوَّلِ؛ لعَود الكلِّ إليه بالفَسخ.

أما الثُّلُثُ: فلانفِساخ العقدِ فيه بهَلاكِ أحدِ العِوَضَين، وهو فسخٌ من الأَصل.

وأما في الثُّلُثَين: فللانفِساخ من الأَصل؛ لكَونه بقَضاءٍ.

ولو تَقايَلا في الثُّلُث، ورُدَّ ثُلُثاه بقَضاءٍ: لا.

ولو تَقايَلا في الثُّلُث، ثم رَدَّ ثُلُثَيه بقَضاءٍ: لا يَرُدُّ شيئًا من العَبد على بائِعه الأوَّلِ بالعَيب؛ لعَود الثُّلُثِ إليه بالإقالة، وهو بيعٌ جَديدٌ في حقِّ البائِع الأوَّلِ، فتَعذَّر الرَّدُّ فيه وفي الباقِي؛ لِما فيه من تَفريق الصَّفْقةِ على البائِع.

الزِّيادةُ إنما تتبع الوَلَدَ الحادِثَ حالَ هَلاكِ الأُمِّ، وتُعتبَرُ قِيمتُها مُذ عَقَد، والوَلَدُ مُذ قَبَض، والزِّيادةُ مُذ زاد.

الزِّيادةُ إنما تَتبَعُ الولَدَ الحادِثَ حالَ هَلاكِ الأُمِّ؛ لأنه صار أصلًا بهَلاكها، بخِلاف ما لو كانت قائِمةً؛ لأن الولَدَ تَبَعٌ، والتَبَعُ لا يُعارِضُ الأصلَ في استِتباع الزِّيادةِ.

وتُعتبَرُ قِيمةُ الأُمِّ يومَ العقدِ، وقِيمةُ الولَدِ مُذ قُبِض، وقِيمةُ الزِّيادةِ مُذ زاد[2]؛ لأنه

---

(١) في (ب): العقد.

(٢) في (و): زادت.

تُعتبرُ قِيمةُ كلٍّ في وَقت سببِ الضَّمانِ، وسبَبُ ضَمانِ الأُمِّ العقدُ، والزِّيادةِ القَصديّةِ الزِّيادةُ، والولَدِ القبضُ.

اشتَرى أمةً بألفٍ، فولَدت، فزاد البائعُ عبدًا، وقِيمتُهم سَواءٌ، وزاد الوَلَدُ ضِعفًا، وقَبَضهم: قُسِم الثَّمَنُ على الأُمِّ والعبدِ نِصفَين، فما أَصابها[1] قُسِم عليها وعلى وَلَدها أثلاثًا، فبأيٍّ عُلِم عَيبٌ رُدَّ بقِسطه.

رَجُلٌ اشتَرى أمةً بألفٍ، فوَلَدت ولَدًا، فزاد البائعُ عبدًا[2]، وقِيمةُ كلِّ واحِدٍ ألفٌ، وازدَاد الولَدُ ألفًا، وقَبَض الكلَّ: قُسِم الثَّمَنُ على الأُمِّ والعبدِ الزِّيادةِ[3] نِصفَين؛ لِما مَرَّ أنه تَبَعٌ للأَصل، فما أَصاب الأُمَّ -وهو نِصفُ الثَّمَنِ- قُسِم عليها وعلى وَلَدها أثلاثًا، ثُلُثاه بمُقابَلة الولَدِ؛ اعتِبارًا لِقيمته يومَ القبضِ، وثُلُثُه بمُقابَلة الأُمِّ، فبأيٍّ وَجَد عَيبًا رَدَّه بِقسطه من الثَّمَن.

ولو لم تَلِد، ودُفِع عبدٌ بعينِها[4]: فهو كالوَلَد.

ولو لم تَلِد، ولكن ضَرَب عبدٌ عَينَها، ودُفِع بها: فهو كالوَلَد في أنه تُعتبَرُ قِيمتُه يومَ القبضِ.

ولو وَلَدت، فماتَت، فزاده: قُسِم على الأُمِّ والوَلَدِ أثلاثًا، فما أَصابها سَقَط بمَوتها، وما أَصابه قُسِم عليه وعلى الزِّيادة.

ولو وَلَدت، فماتت، فزاد: صَحَّت الزِّيادةُ؛ لِقيام الولَدِ مَقامَ الأصلِ حالَ فَواتِ

---

(١) في (ع): أصابهم.

(٢) في (هـ): ألفًا.

(٣) في (ب): والزيادة.

(٤) في (ف): بعيبها، وفي (س) غير منقوطة.

الأصلِ في استِتباع الزِّيادةِ، فيُقسَمُ الثَّمَنُ أوّلًا على الأمِّ والولد أثلاثًا، فما أصابها سقط بمَوتها، وما أَصابه قُسِم عليه وعلى الزِّيادة.

فلو هَلَكَ العبدُ: يَهلِكُ بحِصّته من الثَّمَن، ولو هَلك الولدُ: بان فسادُ الزِّيادة، فهي ماتَت بكلِّ الثَّمَنِ، فرُدَّ العبدُ مَجّانًا.

فلو هَلَكَ العبدُ يَهلِكُ بحِصّته من الثَّمَن، ولو هَلك الولدُ بان فسادُ الزِّيادة؛ لعدم الْمَزيدِ عليه، وبان أن الأمَّ ماتت بكلِّ الثَّمَنِ، فرُدَّ العبدُ مَجّانًا.

اشتَرى أمتَين بألفَين، فوَلَدت إحداهما، فماتَت، فزاد عبدًا، وقيمتُهم سواءٌ، وزاد الوَلَدُ ضِعفًا، فقَبَضهم: قُسِم على الأمتَين نِصفَين، فما أصاب الأمُّ قُسم على الأمِّ ووَلَدِها أثلاثًا، وسَقَط قِسطُها، وثُلُثُ الثَّمَنِ للوَلَد.

ولو اشتَرى أمتَين بألفَين، فوَلَدت إحداهما ولَدًا، فماتت، فزاد البائعُ عبدًا، وقيمةُ كلِّ واحِدٍ ألفٌ، وازداد الولَدُ ألفًا، فقَبَضهم: قُسِم الثَّمَنُ أوّلًا على الأمتَين نِصفَين، فما أصاب الأمَّ قُسِم على الأمِّ ووَلَدِها أثلاثًا؛ اعتِبارًا لِقيمة الوَلَدِ يومَ القبضِ، وقيمة الأمِّ يومَ العقدِ، وسَقَط قِسطُها بهلاكها[1]، وثُلُثُ الثَّمَنِ للوَلَد.

ثم قُسِم العبدُ على ما في الوَلَد والحيَّة من الثَّمَن، فيستتبعُ الوَلَدُ خُمُسَي العبدِ والحيَّةُ ثَلاثةَ أخماسِه، وقُسِم ما في الوَلَد من الثَّمَن عليه وعلى خُمُسَي العبدِ أنصافًا، وما في الحيَّة عليها وعلى ثَلاثة أخماسِ العبدِ أثمانًا.

ثم قُسِم العبدُ الزِّيادةُ على ما في الوَلَد والحيَّة من الثَّمَن، فيَستتبعُ الولَدُ خُمُسَي العبدِ والحيَّةُ[2] ثَلاثةَ أخماسِه، وقُسِم ما في الوَلَد من الثَّمَن -وهو ثُلُثُ الألفِ- عليه

(١) في (ب): بهلاكهما.

(٢) في (ب): الحية والعبد.

وعلى خُمُسَي الزِّيادةِ أسداسًا بقَدْر قِيمتِهما[1]، وقِيمةُ خُمُسَي الزِّيادةِ أربعُمِائةٍ، وقِيمةُ الولَدِ ألفان، فجُعِل كلُّ أربعِمائةٍ سهمًا، لأنه الْمَعنيُّ للأكثَر، فصار خُمُسَا الزِّيادةِ سهمًا، وصار الولَدُ خَمسةَ أسهُمٍ.

وما في الحَيّةِ عليها وعلى ثَلاثة أخماسِ العبدِ أثمانًا بقَدْر قِيمتِهما، وقِيمةُ الحيّةِ ألفٌ، وقِيمةُ ثَلاثةِ أخماسِ الزِّيادةِ سِتُّمائةٍ[2]، فجُعِل كلُّ مِائتَين سهمًا؛ لأنه الْمَعنيُّ[3]، فتكونُ الأمةُ خَمسةَ أسهُمٍ، وثَلاثةُ أخماسِ الزِّيادةِ ثَلاثةَ أسهُمٍ، فكان الكلُّ ثَمانيةَ أسهُمٍ.

فلو هَلَك قبلَ قبضِه: لا يُقابِلُه شيءٌ، وتَهلِكُ الأُمُّ بنِصف الثَّمَنِ، ونِصفِه في الحيّة، والزِّيادةُ تَتبَعُها، وخُيِّرَ الْمُشتَري.

فلو هَلَك الولَدُ قبلَ قبضِه: ظَهَر أنه لا يُقابِلُه شيءٌ، وأن الأُمَّ هَلَكت بنِصف الثَّمَنِ، والنِّصفُ في الحَيّة، والزِّيادةُ تَتبَعُ الحيّةَ، وخُيِّر الْمُشتَري؛ لتَغيُّر الْمَبيعِ قبلَ القبضِ.

ولو بَقِي وقِيمتُه ألفٌ: سَقَط بمَوتها الرُّبُعُ، وفيه رُبُعٌ، فقُسِم ما فيه عليه وعلى ثُلُث العبدِ، وما في الحيّة -وهو النِّصفُ- عليها وعلى ثُلُثَي العبدِ.

ولو بَقِي، وقِيمتُه ألفٌ: سَقَط بموت الأُمِّ الرُّبُعُ، وفيه رُبُعٌ، فقُسِم ما فيه عليه وعلى ثُلُث العبدِ الزِّيادةِ؛ لأنه يُقسَمُ بينَ الولَدِ والحيّةِ عليها[4] أثلاثًا، ثُلُثاه تَبَعٌ لها، وثُلُثُه تَبَعٌ للوَلَد.. أرباعًا بقَدْر قِيمتِهما، رُبُعُه في ثُلُث الزِّيادةِ، وثَلاثةُ أرباعِه في الوَلَد، وما في الحَيّة عليها وعلى ثُلُثَي العبدِ أخماسًا، ثَلاثةُ أخماسِه في الحَيّة، وخُمُساه في ثُلُثَي الزِّيادةِ.

---

(١) في (هـ) و(و): قيمتها.

(٢) في (د): ستة أسهم.

(٣) في (أ) و(ج): المغنى.

(٤) مثبتة من (و).

وصحَّ تأجيلُ كلِّ دَينٍ سِوى القرضِ، والله أعلَمُ.

وصَحَّ تَأجيلُ كلِّ دَينٍ حالٍّ، حتى لو باع شيئًا بثمَنٍ حالٍّ، ثم أجَّله أجَلًا مَعلومًا: صار مُؤجَّلًا؛ لأن الحُلولَ حقُّه، فله إسقاطُه بتَأجيله؛ تَيسيرًا على من عليه الثَّمَنُ، ولهذا يَملِكُ إسقاطَ الْمُطالَبةِ مُطلَقًا بالإبراء، فأَولى أن يَملِكَ إسقاطَها مُؤقَّتًا بالتَّأجيل.

ولو أَجَّله إلى أجَلٍ مَجهولٍ.. فإن كانت الجَهالةُ فاحِشةً، كهُبوب الرِّيحِ: لا يَصِحُّ، وإن كانت مُتقارِبةً، كالحَصاد والدِّياسِ: يَصِحُّ، كما في الكَفالة، وقد سَبَق.

سِوى القرضِ، فإن تَأجيلَه لا يَصِحُّ، حتى لو أَجَّله عندَ الإقراضِ مُدّةً مَعلومةً، أو بعدَ الإقراضِ: لا يَثبُتُ الأجَلُ، وله أن يُطالِبَه في الحال.

واعلَم أن القرضَ مالٌ يَقطَعُه من أَمواله، فيُعطِيه لغَيره، وما يَثبُتُ عليه دَينًا فليس بقرضٍ.

والدَّينُ يَشمَلُ ما وَجَب في ذِمّته دَينًا بعقدٍ أو استِهلاكٍ، وما صار في ذِمّته دَينًا باستِقراضه، فهو أعَمُّ من القَرض.

وقال مالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: التَّأجيلُ في القَرض لازِمٌ؛ لأنه صار دَينًا في ذِمّته بالقَبض، فيَصِحُّ التَّأجيلُ فيه، كسائِر الدُّيونِ.

ولنا: أن القرضَ إعارةٌ وصِلةٌ ابتِداءً، ولهذا يَصِحُّ بلَفظ الإعارةِ، ولا يَملِكُ القرضَ من لا يَملِكُ التَّبرُّعَ، كالصَّبيّ، والوَصِيّ، والعبدِ، والْمُكاتَبِ، ومُعاوَضةٌ انتِهاءً، حتى يَلزَمُه ردُّ مِثلِه، فعلى اعتِبار الابتِداءِ لا يَلزَمُ التَّأجيلُ فيه، كالإعارة، فإن الْمُعيرَ وإن وَقَّتها سنةً له أن يَستَردَّها من ساعته.

ولأن الأَجَلَ لو لَزِم فيه لصار التَّبرُّعُ مُلزِمًا على الْمُتبرِّع شيئًا، وهو الكفُّ عن

الْمُطالَبة إلى مُضِيِّ الأجَلِ، وذا يُنافِي مَوضوعَ التَّبرُّعاتِ، وشَرْطُ ما يُناقِضُ العقدَ لغوٌ.

وعلى اعتِبار الانتِهاءِ لا يَصِحُّ؛ لأنه يَصيرُ مُبادَلةَ الدَّراهِمِ بمِثلها نَسيئةً، وهو حَرامٌ.

وهذا بخِلاف ما لو أَوصى أن يُقرَضَ من ماله فُلانٌ[1] ألفَ دِرهَمٍ إلى سنةٍ؛ حيث يَلزَمُ مِن ثُلُثه أن يُقرِضوه ولا يُطالِبوه قبلَ الْمُدّةِ؛ لأنه وَصِيّةٌ بالتَّبرُّع، كالوَصِيّة بالخِدمة والسُّكنى، فيَلزَمُ؛ نظَرًا لمُوصَى[2]، واللهُ أعلَمُ.

---

(١) في الأصول سوى (د) فلانًا، وهي في (د) محتملة بالرفع دون ألف النصب، وهذا الوجه أولى من البناء للمعلوم.

(٢) في (و): للموصى له.

باب الربا

بابُ الرِّبا(١)

هو في اللُّغة: عِبارةٌ عن الفَضل، يُقالُ: هذا يَربو على هذا، أي يَفضُلُ، قال الله تَعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن رِّبًا...﴾ إلى قَوله: ﴿فَلَا يَرْبُواْ عِندَ ٱللَّهِ﴾ [الرُّوم: ٣٩]، وسُمِّي الْمَكانُ الْمُرتفِعُ رَبْوةً: لفَضله على سائِر الأماكِنِ.

هو: فضلٌ بلا عِوَضٍ في مُعاوَضة مالٍ بمالٍ.

وفي الشَّرع: عِبارةٌ عن فضلِ مالٍ لا يُقابِلُه عِوَضٌ في مُعاوَضة مالٍ بمالٍ.

وهو مُحرَّمٌ في كلِّ مَكيلٍ أو مَوزونٍ بِيعَ بجِنسه؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾

---

(١) الربا في البيع: هو من الزيادة فيه التي لا تبيحها الشريعة، من زيادة في المال الذي لا يجوز فيه التفاضل، أو زيادة تقع فيه بالتأخير، أو زيادة تقع في السلف وشَبَهه، وهو مقصور. «المشارق» ١/ ٢٨٠.

الربا: مقصور، وهو من ربا يربو، فيكتب بالألف، وتثنيته: رِبَوان، وأجاز الكوفيون كتبه وتثنيته بالياء -أي ربى ورِبَيَان- بسبب الكسرة في أوله، وغَلَّطهم البصريون، قال الثعلبي: كتبوه في المصحف بالواو، وقال الفراء: إنما كتبوه بالواو لأن أهل الحجاز تعلموا الخط من أهل الحيرة، ولغتهم الرِّبُو، فعلموهم صورة الخط على لغتهم، قال: وكذلك قرأها أبو سَمَّال العدوي بالواو، وقرأ حمزة والكسائي بالإمالة بسبب كسرة الراء، وقرأ الباقون بالتفخيم لفتحة الباء، قال: وأنت بالخيار في كتبه بالألف والواو والياء، قال أهل اللغة: الرِّمَاءُ بالميم والمد: الربا، والرُّبْية بالضم والتخفيف: لغة في الربا، وأصل الربا: الزيادة، يقال ربا الشيءُ يربو: زاد، وأربى الرجل وأرمى: أي عامل بالربا. «تحرير ألفاظ التنبيه» ص١٧٨.

[البقرة: ٢٧٥]، وذِكرُ التَّخبُّطِ، والمحقِ، والحربِ، والخُلودِ[1].. آيةُ نِهايةِ حُرمتِه.

وعِلّتُه[2]: القَدْرُ[3] والجِنسُ(ف ك)[4]، فحَرُم الفضلُ[5] والنَّساءُ[6] بهما، والنَّساءُ فقط بأحَدهما، وحَلّا بعَدَمهما.

وعِلّتُه: القَدْرُ والجِنسُ.

والأصلُ فيه: قولُه عَلَيهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «الذَّهبُ بالذَّهب، والفِضّةُ بالفِضّة، والبُرُّ بالبُرّ، والشَّعيرُ بالشَّعير، والتَّمرُ بالتَّمر، والمِلحُ بالمِلح.. مِثلًا بمِثلٍ، يدًا بيدٍ، فمن زاد

(١) أما التخبط والخلود: ففي قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَأۡكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِي يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيۡطَٰنُ مِنَ ٱلۡمَسِّۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمۡ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡبَيۡعُ مِثۡلُ ٱلرِّبَوٰاْۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمۡرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِۖ وَمَنۡ عَادَ فَأُوْلَٰٓئِكَ أَصۡحَٰبُ ٱلنَّارِۖ هُمۡ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾.

وأما المحق: ففي الآية بعدها: ﴿يَمۡحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰاْ وَيُرۡبِي ٱلصَّدَقَٰتِۗ وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ﴾.

وأما الحرب: ففي الآيتين بعد التي تليها: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤۡمِنِينَ ۝ فَإِن لَّمۡ تَفۡعَلُواْ فَأۡذَنُواْ بِحَرۡبٖ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦۖ وَإِن تُبۡتُمۡ فَلَكُمۡ رُءُوسُ أَمۡوَٰلِكُمۡ لَا تَظۡلِمُونَ وَلَا تُظۡلَمُونَ﴾.

(٢) العلة لغة: عبارة عن معنًى يحل بالمحل فيتغير به حال المحل بلا اختيار، ومنه يسمى المرض علة؛ لأنه بحلوله يتغير حال الشخص من القوة إلى الضعف.

وشريعة: عبارة عما يجب الحكم به معه.

العلة: هي ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجًا مؤثرًا فيه. «التعريف» ص١٥٤.

(٣) المراد بالقدر: الكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن. «الدستور» ٢/ ٩٣.

(٤) المراد بالجنس: النوع، كالحنطة بالحنطة والدرهم بالدرهم. «الدستور» ٢/ ٩٣.

(٥) الفضل: الزيادة. «المغرب» ص٣٦٢.

(٦) النَّساء بالمد: التأجيل. «تحرير ألفاظ التنبيه» ص١٧٩.

أو استَزاد فقد أربى»[١]، وفي روايةٍ: «والفضلُ رِبًا»[٢].

وهذا حَديثٌ مَشهورٌ تَلَقَّتْه العُلَماءُ بالقَبول، مَعلولٌ[٣] باتِّفاق القائِسِين، خِلافًا لأَصحاب الظَّواهِرِ؛ لأنهم لا يَرَون القِياسَ حُجّةً، فقَصَروا حُكمَ الرِّبا على الأَشياء السِّتّةِ.

لكن العِلّةُ عندَنا: القَدْرُ والجِنسُ، ونَعني بالقَدْر: الكيلَ فيما يُكالُ، والوزنَ فيما يُوزَنُ.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الطَّعمُ في الْمَطعومات، والثَّمَنيّةُ في الأَثمان، والجِنسيّةُ شرطٌ، فحُرمةُ البيعِ في هذه الأموالِ أصلٌ عندَه، والجَوازُ بعارِض الْمُساواةِ في الْمِعيار الشَّرعيِّ مع القبضِ في الْمَجلِس.

وعندَنا: إباحةُ البيعِ في هذه الأموالِ أصلٌ، كما في سائِر الأموالِ، والفَسادُ بعارض فَواتِ الْمُساواةِ بوُجود الفضلِ الخالِي عن العِوَض قطعًا أو وَهْمًا.

له: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا تَبيعوا الطَّعامَ بالطَّعام إلا سِواءً بسَواءٍ»[٤].

---

(١) رواه بهذا اللفظ مسلم (١٥٨٤)، وله روايات متعددة في الصحيحين.

(٢) روى هذا اللفظ الإمام أبو حنيفة في «مسنده» رواية أبي نعيم ص١٩٦ ، وأبو عوانة في «مستخرجه» ٣/ ٣٨٩.

(٣) أي لحكمه علة يدور معها.

(٤) قال ابن كثير في «إتحاف الطالب» ص٣٨٢: ليس هو في شيء من الكتب بهذه الصيغة. انتهى. وقال الحافظ في «موافقة الخبر الخبر» ٢/ ٣٢٩: الذي وقفت عليه بلفظ: نهى عن بيع البر بالبر والشعير بالشعير، ووردت تسمية الشعير بالطعام في حديث عن معمر بن عبد الله رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أنه أرسل غلامًا له بصاع من قمح فقال: بعه واشتر بثمنه شعيرًا، فذهب ثم جاء بصاع من شعير وزيادة، فقال معمر: كنت أسمع رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «الطعام بالطعام مِثلًا بمثل»، وكان طعامنا يومئذ الشعير. هذا حديث صحيح، أخرجه أحمد (٢٧٢٥٠) ومسلم (١٥٩٢). انتهى مختصرًا.

فذِكرُ الطَّعام -وهو مُشتقٌّ من الطَّعم- مُشعِرٌ بأن الطَّعمَ عِلّةٌ؛ إذ الحُكمُ متى ترتَّب على اسمٍ مُشتقٍّ كان مَوضِعُ[1] الاشتِقاقِ عِلّةً للحُكم، كما في قَوله تَعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ﴾ [المائدة: ٣٨]، و﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي﴾ [النور: ٢]، فعِلّةُ القطعِ والجلدِ السَّرِقةُ والزِّنى.

والابتِداءُ[2] بالنَّهي مُشعِرٌ بأن حُرمةَ البيعِ أصلٌ، والجَوازَ بعارِض الْمُساواةِ؛ إذ لو اقتُصِر على قَوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «لا تَبيعوا...» لم يَجُز بيعُ أحَدِهما بالآخر بحالٍ.

والطَّعامُ يَتناوَلُ القَليلَ والكَثيرَ، فتَثبُتُ حُرمةُ البيعِ في الحَفْنة بالحَفْنتَين، والتُّفّاحةِ بالتُّفّاحتَين، والبَيضةِ بالبَيضتَين، والتَّمرةِ بالتَّمرتَين، والجَوزةِ بالجَوزتَين، والتَّعليلُ بالقَدْر يَقتَضي تَخصيصَ الأصلِ الْمُعلَّلِ، وذا باطِلٌ.

ولأن جَوازَ بيعِ هذه الأموالِ بشَرطَي التَّماثُلِ والتَّقابُضِ يُشعِرُ بأن مُوجَبَهما وصفٌ في المحَلِّ يُنبِئُ عن زِيادة العِزّةِ والخطَرِ[3]، حتى يَجِبُ لأَجله زِيادةُ الشَّرطِ؛ لأنه متى تَقيَّد طَريقُ إصابتِه بشرطٍ زائِدٍ يَعظُمُ خطَرُه في أعيُنِ الْمُتملِّكين، كالعَقد الوارِدِ على الأَبضاع لَمّا خُصَّ بشُهودٍ ووليٍّ دونَ سائِرِ الْمُعامَلاتِ.. دَلَّ على أن الْمُستحَقَّ به ما له خطَرٌ، وهو البُضعُ.

فيُعلَّل بعِلّةٍ تُناسِبُ إظهارَ العِزّةِ والخطَرِ، وهو الطَّعمُ؛ لبَقاء النُّفوسِ به، والثَّمنيّةِ؛ لبَقاء الأموالِ التي هي مَناطُ مَصالِحِنا بها؛ إذ الأموالُ إنما تَبقى أموالًا ما دامت لها أثمانٌ؛ لأن ما لا يُبذَلُ الثَّمنُ بمُقابَلته لا يَكونُ مالًا، ككفٍّ من تُرابٍ ونحوِه، فالأموالُ سبَبُ بَقاءِ الأنفُسِ بوَصفِ أنها مَأكولةٌ[4] أو وَسيلةٌ إليه.

---

(١) في (ب) و(ج) و(د): مأخذ.

(٢) في (هـ): والانتهاء.

(٣) في (هـ): الغرة والحظر.

(٤) في (هـ): مملوكة.

ولا أثَرَ للجنسيّة والقَدْرِ في زِيادة العِزّةِ والخطرِ؛ لثُبوتهما في خَطيرٍ ومُهانٍ، ولكن الحُكمُ لا يَثبُتُ إلا عندَ وُجودِ الجِنسيّةِ، فجَعَلناها شرطًا لا عِلّةً، والحُكمُ يَدورُ مع الشَّرطِ كما يَدورُ مع العِلّةِ، كالرَّجم مع الإحصانِ.

والفرقُ بينَهما: بالتَّأثير وعدَمِه؛ ألا تَرى أنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ عندَ بَيانِ حُكمِ الرِّبا ذَكَر كلَّ الأثمانِ، وأنفَسَ كلِّ مَطعومٍ.. لَمّا تَعذَّر بَيانُ كلِّ مَطعومٍ، فالبُرُّ[1] أنفَسُ مَطعومِ بَني آدمَ، والشَّعيرُ أنفَسُ علَفِ الدَّوابِّ، والتَّمرُ أنفَسُ الفَواكهِ، والمِلحُ أنفَسُ التَّوابلِ؛ ليُشعِرَ بأن العِلّةَ هي الطَّعمُ.

ولو كان القَدْرُ عِلّةً لكان ذِكرُ هذه الأشياءِ تكرارًا مَحْضًا؛ إذ صِفةُ القَدْرِ لا تَختلِفُ في هذه الأربَعةِ، ولهذا قال مالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن العِلّةَ الاقتِياتُ والادِّخارُ؛ لأنه خَصّ بالذِّكر كلَّ مُقتاتٍ ومُدخَّرٍ.

ولنا: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا تَبيعوا الدِّرهَمَ بالدِّرهَمَين، ولا الصّاعَ بالصّاعَين»[2]، ولا رِبا في عَين الصّاعِ، فثبَت أن المُرادَ به ما يَحويه، وهو بعُمومه يَتناوَلُ كلَّ مَكيلٍ، مَطعومًا أو غيرَه، كالجِصِّ والنُّورةِ.

ولا يُقالُ: إن المَجازَ لا عُمومَ له؛ لكَونه ضَروريًّا: لأن له عُمومًا كما للحَقيقة؛ إذ عُمومُها باعتِبار الألِفِ واللّامِ أو غيرِهما، لا لكَونها حَقيقةً.

ولأن الحَديثَ المَشهورَ أوجَب المُماثَلةَ شرطًا لجَواز البيعِ، وهو المَقصودُ بسَوق

---

(١) هنا سقط في (ج) إلى قوله: (والجنس علة وجوب المساواة).

(٢) رواه الإمام أحمد (٥٨٨٥) ولفظه: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين، ولا الصاع بالصاعين، فإني أخاف عليكم الرَّمَاء». والرماء هو الربا.

ورواه مسلم (١٥٨٥) بلفظ: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين».

الحَديثِ؛ لأن مَعناه: بِيعوا هذه الأشياءَ مِثلًا بمِثلٍ؛ إذ الباءُ للإلصاق، فدَلَّ على إِضمار فِعلٍ، وذا: (بِيعوا)؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ بعدَها في رِوايةٍ: «فإذا اختَلَفت هذه الأصنافُ فبِيعوا كيف شِئتُم»[1]، فذِكرُه عندَ الاختِلافِ دَليلٌ على أنه الْمُضمَرُ عندَ الاتِّفاقِ.

وقولِه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا تَبيعوا الطَّعامَ بالطَّعام إلا سَواءً بسَواءٍ»[2]؛ إذ النَّهيُ عن الشَّيء أمرٌ بضِدِّه.

وقولُه: «مِثلًا بمِثلٍ» حالٌ؛ لِما سَبَق، والأحوالُ شُروطٌ، كـ(إن دَخَلتِ الدّارَ راكِبةً).

والأمرُ للإيجاب، والبيعُ مُباحٌ، فصُرِف الأمرُ إلى الحال التي هي شرطٌ، أي: بِيعوا بوَصف الْمُماثَلةِ، وقد يُعلَّقُ الْمُباحُ بشرطٍ يَجِبُ رِعايتُه، كالإشهاد في النِّكاح.

ورُوِي: «مِثلٌ بمِثلٍ»[3]، أي: بيعُها مِثلٌ بمِثلٍ، وهو إخبارٌ في مَعنى الأمرِ، بل آكَدُ منه؛ تَحقيقًا لِمَعنى البيعِ؛ إذ هو تَمليكُ المالِ بالمال بطَريق التَّقابُلِ، وذا بالتَّماثُل في مُتَّحِد الجِنسِ، بحيث يُقابِلُ كلُّ جُزءٍ من هذا عِوَضُ يُماثِلُه.

إذ لو فَضَل أحدُ العِوَضَين لخَلا ذلك الفضلُ عن العِوَض، فلا يَتحقَّقُ مَعنى التَّقابُلِ، فلا تَتحقَّقُ الْمُعاوَضةُ، بل يَكونُ استِحقاقًا لذلك القَدْرِ بلا عِوَضٍ، وقَضِيَّةُ

---

(1) رواه مسلم (١٥٨٧).

(2) تقدم الكلام عنه.

(3) رواه الإمام أحمد (١١٦٣٥). قال في «إرشاد الساري» ٤/ ٨٠: «مثلاً بمثل»: أي حال كونهما متماثلين أي متساويين، وجوّز أبو البقاء فيما حكاه الزركشي عنه فيه وفي «وزنًا بوزن» وجهين: أن يكون مصدرًا في موضع الحال، أي الذهب يباع بالذهب موزونًا بموزون، وأن يكون مصدرًا مؤكدًا أي يوزن وزنًا، قال: وكذلك الحكم في «مثلًا بمثل»، وتبعه في «فتح الباري»، وتعقبه العيني فقال: قوله: مصدرًا ليس بصحيح على ما لا يخفى، ولأبَوَي ذر والوقت: «مثل» بالرفع على إسناد الفعل المبني للمفعول إليه، أي يباع مثلٌ بمثل. انتهى.

الْمُعاوضةِ خِلافُه، فيَحرُمُ.

وصِيانةً[1] للأَموال عن التَّوى؛ إذ شرطُ الفضلِ مُتْوٍ للمال؛ لأنه يَستحِقُّه بلا مِنّةٍ وعِوَضٍ، والبيعُ شُرِع[2] لتَحصيله لا لإتوائه، فيَكونُ شرطًا غيرَ مُلائِمٍ للبَيع، فيَبطُلُ.

وتَتميمًا[3] لفائِدة التَّبايُعِ بوُجود التَّقابُضِ؛ إذ شرطُ الفضلِ سببٌ للتَّنازُع المانِعِ عن الْمَقصود بالتَّبايُع، وهو التَّقابُض الْمُطلَقُ للتَّصرُّف؛ إذ الْمَشروطُ له الزِّيادةُ يُطالِبُ صاحِبَه بالتَّسليم بحُكم الشَّرطِ، والآخَرُ يَمتنِعُ عن التَّسليم؛ لوُجود الضَّرَرِ، فيَقَعان في التَّنازُع، وهو فَسادٌ، وما يُفضِي إلى الفَساد فهو فاسِدٌ.

نعم! قد رَضِي به، لكن ربما يَندَمُ؛ لأن طبعَه لا يَنقادُ ظاهِرًا؛ لكَونه مَجبولًا على حُبِّ المالِ، والْمَغبونُ غيرُ مَأجورٍ ومَحمودٍ، فربما يَتنازَعان عندَ التَّسليمِ والتَّسلُّمِ.

ثم يَلزَمُ عندَ فوتِ الْمُماثَلةِ -التي هي شرطُ الجَوازِ- حُرمةُ الرِّبا؛ لقَوله عَلَيۡهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «والفضلُ رِبًا»[4]، والفضلُ: اسمٌ لكلِّ زِيادةٍ، والرِّبا: اسمٌ لزِيادةٍ هي حَرامٌ.

وإذا كان حُكمُ النَّصِّ وُجوبَ الْمُماثَلةِ، وحُرمةُ الفضلِ بِناءً عليه.. فيُعلَّلُ بعِلّةٍ تُؤثِّرُ في إِيجاب الْمُماثَلةِ، وهو القَدْرُ والجِنسُ، لا الطَّعمُ والثَّمَنيّةُ؛ لأن وُجوبَ الْمُماثَلةِ لا يَكونُ إلا في مَحَلٍّ قابِلٍ لها، والْمُماثَلةُ بينَ الشَّيئَين باعتِبار الصُّورةِ والْمَعنى؛ لأن كلَّ مُحدَثٍ مَوجودٌ بصُورته ومَعناه، فإنما تَقومُ الْمُماثَلةُ بهما.

---

(١) في سوى (أ) و(و): صيانة.

(٢) في (و) ونسخة على هامش (ب): شرط.

(٣) في (هـ): تتميمًا.

(٤) تقدم تخريجه.

فالقَدْرُ عِبارةٌ عن التَّساوِي في المِعيار، فتَحصُلُ به المُماثَلةُ صُورةً، والجِنسُ عِبارةٌ عن التَّشاكُل في المَعانِي، فتَثبُتُ به المُماثَلةُ معنًى.

ولا عِبرةَ للوَصف؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «جيِّدُها ورَدِيُّها سَواءٌ»[1].

وللإجماع، فإنَّ بيعَ قَفيزٍ جيِّدٍ بقَفيزٍ رَدِيٍّ وفَلسٍ: لا يَصِحُّ.

ولأن ما لا يُنتفَعُ به إلا بهَلاكه فمَنفَعتُه في ذاته، فيُهدَرُ الوصفُ؛ إذ الْمَقصودُ هو الْمَنفَعةُ، وهي في الذّات، بخِلاف ما يُنتفَعُ به بغَير إهلاكِه؛ لأن انتِفاعَه بالوَصف، فيُعتبَرُ الوصفُ.

ولأن النّاسَ لا يَعُدُّون التَّفاوُتَ فيه مُعتبَرًا؛ لقِلّته.

ولأن في اعتِباره سدَّ بابِ البيعِ، وهو مَفتوحٌ، فما يُؤدِّي إلى انسِداده فهو مَردودٌ[2].

والطَّعمُ والثَّمَنيَّةُ من أعظَم وُجوهِ الْمَنافعِ، والسَّبيلُ في مِثلها الإطلاقُ والإباحةُ بأبلَغ الوُجوهِ؛ لشِدّة الحاجةِ إليها، دونَ التَّضييقِ؛ إذ الحاجةُ تُؤَثِّرُ في الإباحة، كالْمَيْتة تَحِلُّ عندَ الحاجةِ، وكالطَّعام في الغَنيمة يُباحُ تَناوُلُه قبلَ القِسمةِ، ولا يُباحُ تَناوُلُ سائرِ الأموالِ، فتَعليلُ الحُرمةِ بما له أثَرٌ في الإطلاق لا في الحُرمة: فاسِدٌ؛ لإفضائه إلى فَساد الوضعِ.

نعم! مَوضِعُ الاشتِقاقِ عِلّةٌ إذا كان صالِحًا، كالزِّنى والسَّرِقةِ، أما إذا لم يكن صالِحًا كهذا -لما بيَّنّا-: فلا.

وسِياقُ النَّصِّ دَليلُنا؛ لأنه ذَكَر الأشياءَ السِّتّةَ، وعَطَف بعضَها على بعضٍ، وذَكَر

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٣٧: غريب، ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث ابن سعيد المتقدم في الحديث الأول. انتهى، أي رواية مسلم (١٥٨٤).

(٢) في نسخة على هامش (ب): مسدود.

للكلِّ حُكمًا واحِدًا، فلا بُدَّ أن تكونَ عِلّةُ الكلِّ مُتَّحِدةً؛ إذ الحُكمُ الْمُشترَكُ لا بُدَّ له من عِلّةٍ مُشتركةٍ، وذا فيما ذكَرنا لا فيما ذكَر.

فإن قِيل: أَيْشٍ[1] تَعني بقَولك: (العِلّةُ القَدْرُ مع الجِنسِ)؟ إن عَنَيتَ أنه عِلّةُ الرِّبا فهو ظاهِرُ الفَسادِ؛ لأن بيعَ الْمَكيلِ أو الْمَوزونِ بجِنسه مُتماثِلًا يَصِحُّ مع وُجودِ العِلّةِ، وإن عَنَيتَ أنه عِلّةُ وُجوبِ الْمُساواةِ فليس فيما بَيَّنتَ[2] إشارةٌ إليه.

قُلنا: هي عِلّةُ وُجوبِ الْمُساواةِ وحُرمةِ الفضلِ، وقد أشَرتُ إلى ذلك؛ لأنّي بَيَّنتُ أن الحَديثَ أوجَب الْمُساواةَ، وإنما يُتصوَّرُ وُجوبُها في محَلٍّ يَقبَلُها، وذا إنما يَحصُلُ بالقَدْر والجِنسِ، وباعتِبار كونِه قابِلًا للمُساواة تَجِبُ الْمُساواةُ، وباعتِبار وُجوبِ الْمُساواةِ يَحرُمُ الفضلُ؛ لفَوات حُكمِ الأمرِ.

وما يُوجِبُ أحدَ الضِّدَّين يَقتَضي نفيَ الضِّدِّ الآخَرِ إذا كان مُفوِّتًا له، كالأَمر بالإمساك في رَمَضانَ يَقتَضي حُرمةَ الأكلِ والشُّربِ والوِقاعِ؛ لأن الضِّدَّ مُفوِّتٌ للمَأمور به، فثَبَت أن القَدْرَ والجِنسَ عِلّةُ وُجوبِ الْمُساواةِ وحُرمةِ الفضلِ.

ومَعنى قولِهم: (عِلّةُ الرِّبا القَدْرُ والجِنسُ): عِلّةُ وُجوبِ الْمُساواةِ التي يَلزَمُ عندَ فوتِها الرِّبا، أو عِلّةُ كونِ المالِ رِبويًّا، أو عِلّةُ حُرمةِ الفضلِ، وإذا ثَبَت أن العِلّةَ القَدْرُ والجِنسُ: تَعدّى إلى سائِر الْمُقدَّراتِ، سَواءٌ كان مَطعومًا أوْ لا.

وبيعُ[3] الْمَكيلِ كالبُرِّ والشَّعيرِ -وهما جِنسان(ك)- والتَّمرِ والْمِلحِ، أو الْمَوزونِ،

---

(١) في (د): أليس.

(٢) كذا في (أ)، وفي (و): بنيت، وفي باقي النسخ: يثبت.

(٣) أي وصح بيع المكيل..

كالتَّقدَين، وما يُباعُ بالأواقِيِّ[1] بجِنسه: مُتساوِيًا لا مُتفاضِلًا.

وإذا بِيعَ المَكيلُ كالبُرِّ والشَّعيرِ -وهما جِنسان؛ لاختِلافهما اسمًا ومعنًى، خِلافًا لمالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ- والتَّمرِ والمِلحِ، أو المَوزونُ كالذَّهَب والفِضَّةِ وما يُباعُ بالأواقِيّ.. بجِنسه، مِثلًا بمِثلٍ: صَحّ؛ لتَحقُّق شرطِهِ وهو التَّماثُلُ في المِعيار؛ إذ هو المُرادُ بالمِثل؛ ألا تَرى أنه رُوِي مَكانَ قولِه: «مِثلًا بمِثلٍ»: «كَيلًا بكَيلٍ»، وفي الذَّهَب بالذَّهب: «وزنًا بوزنٍ»[2].

وإن تَفاضَل أحَدُهما لم يَصِحّ؛ لوُجود العِلّةِ وفوتِ شرطِ الجَوازِ، فيَتحقَّقُ الرِّبا.

وجَيِّدُه ورَدِيئُه سَواءٌ.

---

(1) جمع أُوقية، بضم الهمزة وبالتشديد، وهي عند العرب: أربعون درهمًا، وهي في تقدير أفعولة كالأعجوبة والأحدوثة، والجمع: الأَوَاقِيّ، بالتشديد، وبالتخفيف للتخفيف، وقال ثعلب في باب المضموم أوله وهي: الأُوقِيَة. «المصباح» ٢/ ٦٩٩.

الأوقية: معيار للوزن، ويختلف مقدارها شرعًا باختلاف الموزون... فهي في مصر تساوي (٣٤) غرامًا، وفي جنوب بلاد الشام تساوي (٢٠٠) غرامًا، وفي شمال بلاد الشام (حلب) تساوي (٣٣٣) غرامًا. «لغة الفقهاء» ص٩٧.

(2) روى مسلم (١٥٨٨) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الذهب بالذهب وزنًا بوزن، مثلًا بمثل، والفضة بالفضة وزنًا بوزن، مثلًا بمثل، فمن زاد أو استزاد فهو ربا».

وعن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح.. كيلًا بكيل، ووزنًا بوزن، فمن زاد أو ازداد فقد أربى، إلا ما اختلف ألوانه». رواه الإمام أحمد (٧١٧١)، والنسائي في «الكبرى» (٦١١١).

وروى البيهقي (١٠٥٤١) عن أبي الأشعث الصنعاني أنه شاهد خطبة عبادة يحدث عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «الذهب بالذهب وزنًا بوزن، والفضة بالفضة وزنًا بوزن، والبر بالبر كيلًا بكيل، والشعير بالشعير كيلًا بكيل، والتمر بالتمر، والملح بالملح، فمن زاد أو استزاد فقد أربى».

وجيِّدُه ورَدِيُّه سَواءٌ، حتى لا يَصِحُّ بيعُ الجيِّدِ بالرَّديِّ مما فيه الرِّبا إلا مِثلًا بمِثلٍ؛ لِما مر أن الوصفَ غيرُ مُعتبَرٍ.

ويَجوزُ بيعُ الحَفْنةِ بالحَفْنتَين، والتُّفَّاحةِ بالتُّفَّاحتَين: لأن المحَلَّ لا يَقبَلُ الْمُساواةَ؛ لأنها بالْمِعيار، ولم يُوجَد، فلم يَتحقَّق الفضلُ الْمُحرَّمُ؛ إذ الْمُرادُ به الفضلُ على القَدْرِ؛ لأن الفضلَ لا يُتصوَّرُ إلا بِناءً على الْمُماثَلة، والْمُرادُ بالْمُماثَلة القَدْرُ بالنَّصّ، فكذا الفضلُ عليها لا مَحالةَ، ولهذا يُضمَنُ بالقِيمة عندَ الإتلافِ.

وعندَ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَجوزُ؛ لوُجود العِلّةِ، وهو الطَّعمُ، والْمَخلَصُ الْمُساواةُ بالْمِعيار الشَّرعيِّ، ولم يُوجَد، وما دونَ نِصفِ الصّاعِ في حُكم الحَفْنةِ؛ إذ لا تَقديرَ في الشَّرع بما دونَه، بخِلاف نِصفِ الصّاعِ؛ لوُرود التَّقديرِ فيه شرعًا في صَدَقة الفِطرِ وغيرِها.

فأَدنى ما يَجري فيه الرِّبا من الْمَكيلات نِصفُ صاعٍ، وذا مُدّان، حتى لو باع مَنَوين من البُرِّ بثَلاثة أَمْناءٍ منه لا يَصِحُّ، ولو باع مَنَوين بمَنَوين يَصِحُّ.

ولو تَبايَعا مَكيلًا أو مَوزونًا غيرَ مَطعومٍ بجِنسه مُتفاضِلًا، كالجِصِّ والحَديدِ: لم يَجُز عندَنا؛ لوُجود العِلّةِ، وهي القَدْرُ والجِنسُ، وفَوتِ شرطِ الجَوازِ.

وعندَه: يَجوزُ؛ لعَدَم العِلّةِ، وهي الطَّعمُ والثَّمَنيّةُ.

فحَرُم الفضلُ والنَّساءُ بهما، والنَّساءُ فقط بأَحَدهما، وحَلّا بعَدَمهما.

أي إن وُجِد القَدْرُ والجِنسُ حَرُم الفضلُ والنَّساءُ؛ لوُجود العِلّةِ.

وإن وُجِد أحَدُهما، وعُدِم الآخَرُ: حَلَّ الفضلُ، وحَرُم النَّساءُ، مِثلُ أن يُسلِمَ هَرَويًّا في هَرَويٍّ، أو بُرًّا في شَعيرٍ.

وإن عُدِما حَلَّ الفضلُ والنَّساءُ؛ لعَدَم العِلّةِ.

والأصلُ فيه الإباحةُ، فحُرمةُ رِبا الفضلِ بالوَصفَين، وحُرمةُ النَّساءِ بأحَدهما.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الجِنسُ بانفِراده لا يُحرِّمُ النَّساءَ؛ لأنَّ بالتَّعدِية وعدَمِ التَّعدِيةِ[1] تَتحقَّقُ شُبهةُ الفضلِ، وحَقيقةُ الفضلِ فيه غيرُ مانِعٍ، حتى يَجوزُ بيعُ ثَوبٍ بثَوبَين، فأَولى أن لا تَمنَعَ شُبهتُه.

ولنا: أنه مالُ الرِّبا من وجهٍ نظَرًا إلى أحَد الوَصفَين؛ لوُجود الْمُسوِّي بينَهما من وجهٍ، إما ذاتًا بالقَدْر، أو معنًى بالجِنس، والنَّقدُ خيرٌ من النَّسيئة، فتَتحقَّقُ شُبهةُ الرِّبا، وهي كالحَقيقة، حتى فَسَد البيعُ مُجازَفةً لاحتِمال الرِّبا.

وهذا لأن كلَّ حُكمٍ تَعلَّق بوَصفَين مُؤثِّرين لا يَتِمُّ نِصابُ العِلّةِ إلا بهما.. فلكلِّ واحِدٍ منهما شُبهةُ العِلّةِ، فتَثبُتُ بشُبهة العِلّةِ شُبهةُ الفضلِ[2]، كما تَثبُتُ بحَقيقتها حَقيقتُه؛ ألا تَرى أنه لو أسلَم قَفيزَ بُرٍّ في قَفيز شَعيرٍ لا يَصِحُّ إجماعًا.

ولا يُقالُ: إنه بعضُ العِلّةِ، وببَعض العِلّةِ لا يَثبُتُ الحُكمُ: لأنه عِلّةٌ تامّةٌ؛ لحُرمة النَّساءِ، وإن كان بعضَ العِلّةِ لحُرمة رِبا النَّقدِ[3]، إلا أنه إذا أسلَم النُّقودَ في الزَّعفَران، أو القُطنِ، أو الحَديدِ: يَصِحُّ، وإن جَمَعهما أحدُ الوَصفَين وهو الوزنُ؛ لأنهما لم يَتَّفِقا في صِفة الوزنِ، فالزَّعفَران أو نحوُه يُوزَنُ بالأَمْناء، وهو مُثْمَنٌ يَتعيَّنُ بالتَّعيين، والنُّقودُ تُوزَنُ بالسَّنَجات، وهو ثمَنٌ لا يَتعيَّنُ بالتَّعيين.

ولو باع شيئًا بالنُّقود بشَرط الوزنِ، وقَبَضها: له أن يَتصرَّفَ فيها قبلَ الوزنِ، ولو اشتَرى زَعفرانًا بشَرط الوزنِ ليس له أن يَتصرَّفَ فيه قبلَ الوزنِ.

---

(١) في (ج) و(هـ): بالنقدية وعدم النقدية.

(٢) في (هـ): فيثبت شبهة العلة بشبهة الفضل.

(٣) في (هـ): الفضل.

فإذا اختلَفا في الوَزن صُورةً ومعنًى وحُكمًا.. لم يَجمَعهما القَدْرُ من كلِّ وجهٍ، فصار كالْمَوزون مع الْمَكيلِ، فإنهما استَويا قَدْرًا، ولكن لما اختلَفا في القَدْر جاز إسلامُ أحَدِهما في الآخَر، فكذا النُّقودُ مع سائِرِ الْمَوزوناتِ؛ وهذا لأنهما إذا اتَّفقا في الوَزن من كلِّ وجهٍ حَرُم النَّساءُ؛ لشُبهة الرِّبا، فإذا اختلَفا من هذه الوُجوهِ انحَطَّت الشُّبهةُ إلى شُبهة الشُّبهةِ، فلا تُعتبَرُ.

وكلُّ شيءٍ نَصَّ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على تَحريم التَّفاضُلِ فيه كيلًا: فهو مَكيلٌ أبدًا، وإن اعتاد النّاسُ بيعَه وزنًا، كالبُرّ، والشَّعيرِ، والتَّمرِ، والْمِلحِ[1].

وكل ما نَصَّ على تَحريم التَّفاضُلِ فيه وزنًا فهو مَوزونٌ أبدًا، كالذَّهب والفِضّةِ[2]؛ لأن النَّصَّ أقوى من العُرف؛ لصَيرورة العُرفِ حُجّةً بالنَّص، وهو قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «وما[3] رَآه الْمُسلِمون حسَنًا فهو عندَ اللهِ حسَنٌ»[4]، والأقوى لا يُترَكُ بالأدنى، فلذا لا يُصارُ إلى العُرف مع وُجودِ النَّصِّ.

وما لم يَنُصَّ عليه فهو مَحمولٌ على عادات النّاسِ؛ عمَلًا بالأدنى عندَ عدَمِ الأقوى، حتى لو تَعارَفوا فيه الكيلَ فهو مَكيلٌ، وإن تَعارَفوا فيه الوزنَ فهو مَوزونٌ، وإن تَعارَفوا الكيلَ والوزنَ فهو مَكيلٌ ومَوزونٌ.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أن الْمُعتبَرَ في كلِّ الأشياءِ العُرفُ، فاعتبَر العُرفَ على

---

(١) تقدم الحديث في كونها مكيلة.

(٢) تقدم الحديث في كونها موزونة.

(٣) في (هـ): ما.

(٤) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٣٣: غريب مرفوعًا، ولم أجده إلا موقوفًا على ابن مسعود. اهـ. ثم ذكر طرقه، ورواه الإمام أحمد (٣٦٠٠)، والبزار (١٨١٦)، والطبراني (٨٥٨٣)، والحاكم (٤٤٦٥)، موقوفًا على سيدنا ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

خِلاف الْمَنصوصِ عليه؛ لأنه إنما كان مَكيلًا أو مَوزونًا في ذلك الوقتِ للعُرف، والتَّنصيصُ على أَحَدهما باعتِباره، وقد تَغيَّر[1].

فعلى هذا: لو باع البُرَّ بجِنسه مُتساوِيًا وزنًا، أو الذَّهَبَ بجِنسه مُتساوِيًا كيلًا: لم يَجُز عندَهما، وإن تَعارَفوا ذلك؛ لأن البُرَّ مَكيلٌ، فشرطُ جَوازِه الْمُساواةُ كيلًا، والذَّهبُ مَوزونٌ، فشرطُ جَوازِه الْمُساواةُ وزنًا، وبالعَكس لا تُعرَفُ الْمُساواةُ فيما هو الْمعيارُ[2] فيه شرعًا، فلم يَجُز، كما لو باع مُجازَفةً.

إلا أنه لو أسلَم في البُرِّ ونحوِه وزنًا يَصِحُّ في رِواية الطَّحاويِّ عن أَصحابنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ؛ لأن الْمُماثَلةَ لا تُشترَطُ في الْمُسلَم فيه، وإنما يُعتبَرُ الإعلامُ على وجهٍ لا يَبقى بينَهما نِزاعٌ في التَّسليم، وذا يَحصُلُ بذِكر الوزنِ كما يَحصُلُ بذِكر الكيلِ.

ورَوى الحسَنُ عن أَصحابنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ: أنه لا يَجوزُ؛ لأنه مَكيلٌ بالنَّص.

والفَتوى على الأوَّل؛ لعادة النّاسِ.

وكلُّ ما يُنسَبُ إلى الرِّطْل فهو وَزنيٌّ.

مَعناه: ما يُباعُ بالأواقيِّ، كالأدهان ونحوِها؛ لأنها قُدِّرت بطَريق الوزنِ، حتى يُحتسَبُ ما يُباعُ بها وزنًا، إلا أنه يَشُقُّ وزنُ الدُّهنِ بالأَمْناء؛ لأنه لا يُمسَكُ إلا في وِعاءٍ، وفي وَزن كلِّ وِعاءٍ حرَجٌ، فاتُّخِذت الأواقيُّ[3] لذلك تَيسيرًا، بخِلاف سائرِ الْمَكاييلِ.

وإذا كان مَوزونًا فلو بِيعَ الدُّهنُ بمِثله بكيلٍ لم يُقدَّر بالوَزن: كان مُجازَفةً، فلم يَجُز؛ لاحتِمال الرِّبا.

---

(١) في (أ): تعسر، في (هـ): يعتبر.

(٢) في سوى (أ) و(ج) و(و): المعتاد.

(٣) في (ب) و(هـ): الأواني.

ويُعتبَرُ التَّعيينُ لا التَّقابُضُ(ف) في غَيرِ الصَّرفِ.

ويُعتبَرُ التَّعيينُ لا التَّقابُضُ في غَيرِ الصَّرفِ.

اعلَم أن التَّقابُضَ شرطٌ في بَيعِ الصَّرفِ في الْمَجلِس؛ لِما سيَأتِي في كِتابه إن شاء اللهُ تَعالى، وفي غَيره مما فيه الرِّبا يُعتبَرُ التَّعيينُ لا التَّقابُضُ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: التَّقابُضُ شرطٌ في بَيعِ الطَّعامِ بالطَّعام؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «يدًا بيدٍ»، والْمُرادُ به: القبضُ، وإنما كُني عنه[1]: لأنها آلَتُه.

ولأنه الْمُرادُ في النَّقدَين، فكذا في غَيرهما.

ولأنه إذا لم يُقبَض في الْمَجلِس يَتعاقَبُ القبضُ، وللمَقبوض مَزِيَّةٌ على غَيره؛ إذ يُنتفَعُ بالْمَقبوض بلا واسِطةٍ، بخِلاف غيرِ الْمَقبوضِ، فتَتحقَّقُ شُبهةُ الرِّبا، وهي مانِعةٌ، كالحَقيقة، كما في الحالِّ والْمُؤجَّلِ.

ولنا: أنه باع عَينًا بعَينٍ، فلا يُشترَطُ فيه التَّقابُضُ، كما لو باع ثَوبًا بثَوبٍ أو بثَوبَين، وافترَقا لا عن قبضٍ؛ وهذا لأن الْمَطلوبَ من العَقد التَّمكُّنُ من التَّصرُّف، وذا يَترتَّبُ على التَّعيين، غيرَ أن التَّعيينَ في النُّقود لا يَتحقَّقُ إلا بالتَّقابُض، فاشتِراطُه في الصَّرف للتَّعيين لا لنَفسه، وغيرُ النُّقودِ يَتعيَّنُ بالتَّعيين، فلا حاجةَ إلى التَّقابُض.

والْمُرادُ بقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «يدًا بيدٍ»: عَينًا بعَينٍ؛ إذ اليدُ آلةُ التَّعيينِ، كما هو آلةُ القبض، فلِمَ كان[2] حملُه على القَبض أَولى؟! بل حملُه على هذا أحَقُّ؛ لِما رَوى عُبادةُ بنُ الصّامتِ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: «عَينًا بعَينٍ»[3].

(١) كتب فوقها في (ج): باليد.

(٢) في (هـ): فلم يكن.

(٣) رواه مسلم (١٥٨٧).

وتَعاقُبُ القبضِ لا يُعتبَرُ تفاوُتًا في الماليَّة عُرفًا، فالتُّجارُ لا يَفصِلون[1] بينَ المَقبوضِ وبينَ غيرِه بعدَ أن يَكونَ حالًّا، فلم يَتمكَّن فصلٌ[2] في أحَدهما، فيَجوزُ، بخِلاف الحالِّ والمُؤجَّلِ.

وصحَّ بيعُ البَيضةِ بالبَيضتَين(ف)، والتَّمرةِ بالتَّمرتَين(ف)، والجَوزةِ بالجَوزتَين(ف)، والفَلْسِ بالفَلْسَين(م).. بأَعيانهما.

وصَحَّ بيعُ البَيضةِ بالبَيضتَين، والتَّمرةِ بالتَّمرتَين، والجَوزةِ بالجَوزتَين.. بأَعيانهما، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لوُجود الطَّعمِ؛ لِما مَرَّ أن حُكمَ النَّصِّ وُجوبُ التَّساوِي بينَ البدَلَين، فلا يُشرَعُ إلا في محَلٍّ قابِلٍ له، وهذا المحَلُّ لا يَقبلُه، فلم يُشترَط التَّساوِي فيه، فبَقِي الأصلُ، وهو الإباحةُ.

وصَحَّ بيعُ الفَلْسِ بالفَلْسَين بأَعيانهما عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَجوزُ، كما لو باع الدِّرهَمَ بالدِّرهَمَين؛ لأن الفُلوسَ الرّائجةَ ثَمَنٌ، فلا تَتعيَّنُ بالتَّعيين في العُقود، كالنَّقدَين؛ ألا تَرى أنها لو قُوبِلت بخِلاف جِنسِها لا تَتعيَّنُ، حتى لو اشتَرى بفُلوسٍ مُعيَّنةٍ شيئًا، فهَلَكت قبلَ التَّسليمِ: لا يَبطُلُ العقدُ، ولو استَبدَل بها صَحّ، فكذا إذا قُوبِلت بجِنسها؛ لاستِواء الجِنسِ وغيرِ الجِنسِ فيما يَتعيَّنُ بالتَّعيين وفيما لا يَتعيَّنُ به، كالمَكيل، والمَوزونِ، والذَّهَبِ، والفِضّةِ، وإذا لم يَتعيَّن بَطَل البيعُ، كما لو لم يَتعيَّن[3].

ولهما: أنه باع عَينًا عدَديًّا بعَينَين عدَديَّن، فيَصِحُّ، كالجَوزة بالجَوزَتين؛ وهذا لأن

---

(١) في (ج) و(هـ): لا يفضلون.

(٢) في (ج) و(هـ): فضل.

(٣) في (أ) و(ج): لم يعين، وفي (د): كما لو يعين.

الفُلوسَ عدَديَّةٌ، والعدَديُّ يَتعيَّنُ بالتَّعيين.

وصَحَّ بيعُ الواحِدِ منه بالاثنَين، كالجَوز والبَيضِ، وعدَمُ تَعيُّنِها: لكَونها ثمَنًا، وقد زالت صِفةُ الثَّمنيّةِ عنها؛ لأنها تَثبُتُ بعارِض اصطِلاحِ النّاسِ لا بالخِلقة، وقصدُ العاقِدَين تَصحيحُ العقدِ، ولا وجهَ لتَصحيحه إلا بتَعيُّن الفُلوسِ وخُروجِها عن الثَّمنيّة؛ إذ العقدُ لا يَصِحُّ على غَير العَينِ، ولا يَتعيَّنُ إلا أن يَصيرَ سِلعةً، ولا يَصيرُ سِلعةً إلا بالكَساد، ولا كَسادَ إلا برَفع الاصطِلاحِ على الرَّواج، فصار هذا منهما إعراضًا عن ذلك الاصطِلاحِ ضَرورةً.

فإن قِيل: الثَّمَنيّةُ تَثبُتُ باصطِلاح الكلِّ، فكيف تَبطُلُ باصطِلاحهما، وفيه نسخُ الإجماعِ بالآحاد؟!

قُلنا: الثَّمَنيّةُ في حقِّهما تَثبُتُ باصطِلاحهما؛ إذ لا وِلايةَ للغَير عليهما، فتَبطُلُ في حقِّهما باصطِلاحهما؛ تَصحيحًا لتَصرُّفهما.

فإن قِيل: إذا خَرَج في حقِّهما من أن يَكونَ ثمَنًا فيَعودُ وَزنيًّا، فكان هذا بيعَ قِطعةِ صُفْرٍ بقِطعتَي صُفْرٍ، وهو فاسِدٌ، فلم يكن في إبطال وصفِ الثَّمَنيّةِ تَصحيحُ العقدِ.

قُلنا: الاصطِلاحُ في الفُلوس على صِفة الثَّمَنيّةِ والعدِّ، وهما أعرَضا عن اعتِبار صِفةِ الثَّمَنيّةِ فيها، وما أعرَضا عن اعتِبار صِفةِ العدِّ فيها، وليس من ضَرورة خُروجِها من أن تَكونَ ثمَنًا في حقِّهما خُروجُها من أن تَكونَ عدَديّةً، فبَقِيَت عدَديّةً، كالجَوز، فإنه عدَديٌّ وليس بثمَنٍ، فهي باتِّفاقهما تَصيرُ بهذه الصِّفةِ.

بخِلاف النُّقودِ؛ لأنها خُلِقت ثمَنًا، فلا يَرتفِعُ ذلك باصطِلاحهما، كما لا يَرتفِعُ[1] باصطِلاح الكلِّ.

(١) في (د): كما يرتفع.

وبخِلاف ما إذا كانا بغَير أعيانِهما؛ لأنه كالِئٌ بكالِئٍ[1]، وقد نهى النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الكالِئ بالكالِئ[2].

وبخِلاف ما إذا كان أحَدُهما بغَير عَينِه، بأن باع فَلْسَين مُعيَّنَين بفَلْسٍ غيرِ مُعيَّنٍ[3]، أو باع فَلْسًا بعَينه بفَلْسَين غيرِ مُعيَّنَين؛ لأن الجِنسَ بانفِراده يُحرِّمُ النَّساءَ[4].

والَّلحمِ بالحَيَوان[م ف].

وصَحَّ بيعُ اللَّحمِ بالحَيَوان عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وقال محمدٌ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: إذا باعه بلحمٍ من جِنسه، بأن باع شاةً بلَحم شاةٍ: لم يَصِحّ، إلا أن يَكونَ اللَّحمُ الْمُفرَزُ أكثَرَ من اللَّحم الذي في الشّاة؛ ليَكونُ اللَّحمُ بمُقابَلة ما فيه من اللَّحم، والباقِي بإزاء السَّقَطِ؛ لأنه لو لم يكن كذلك لتَحقَّق الرِّبا من حيث زِيادةُ السَّقَطِ، أو من حيث زِيادةُ اللَّحمِ.

وصار كبَيع دُهنِ السِّمسِمِ بالسِّمسِم، فإنه لا يَصِحُّ كذلك إلا بطَريق الاعتِبارِ[5]، بل أَولى؛ لأن اللَّحمَ في الشّاة أبيَنُ من الدُّهن في السِّمسِم؛ لأنه قائِمٌ بعَينه، ولكنه مُختلِطٌ

---

(١) الكالئ بالكالئ: أي بيع النسيئة بالنسيئة، قال أبو عبيد: صورته: أن يسلم الرجل الدراهم في طعام إلى أجل، فإذا حل الأجل يقول الذي عليه الطعام: ليس عندي طعام، ولكن بعني إياه إلى أجل، فهذه نسيئة انقلبت إلى نسيئة، فلو قبض الطعام ثم باعه منه أو من غيره لم يكن كالئًا بكالئ. «المصباح» ٢/ ٥٤٠.

(٢) رواه الطبراني (٤٣٧٥)، والدارقطني (٣٠٦٠)، والبيهقي (١٠٥٣٦).

(٣) في (أ) و(ج) و(د): عين.

(٤) انظر لزامًا التعليق على هذه المسألة فيما تقدم في كتاب الشركة عند شرح قوله: (ولا تَصِحُّ بغَير النَّقدَين).

(٥) بأن كان اللحم الخالص أكثر من اللحم الموجود في الحيوان. ويقابل الاعتبار: الحقيقة.

بغَيره من الجِلد والشَّحمِ، والدُّهنُ ليس بقائِمٍ، وإنما يَحدُثُ بالعَصر، فلما ثَبت الرِّبا بينَ الدُّهنِ والسِّمسِم لَأَن يَثبُتَ هنا أَولى.

ولهما: أنه باع مَوزونًا بغَير مَوزونٍ، فيَصِحُّ كيفما كان، كما لو باع الثَّوبَ بالقُطن؛ وهذا لأن الحيَوانَ ليس بمَوزونٍ، بل هو عدَديٌّ مُتفاوِتٌ[1]؛ إذ الْمَوزونُ ما يُعرَفُ قَدْرُه بالوَزن، وذا لا يُمكِنُ في الحَيَوان؛ لأنه يُخفِّفُ نفسَه مرّةً لصَلابته، ويُثقِّلُ أُخرى لاستِرخاء مَفاصِلِه، فالميْتُ لاستِرخائه أثقَلُ من الحيّ، والنِّساءُ لاستِرخائهنَّ أثقَلُ من الرِّجال؛ لصَلابتهم.

بخِلاف تلك الْمَسألةِ؛ لأن الوزنَ في الحال يُعلِمُ قَدْرَ الدُّهنِ إذا مُيِّز بينَه وبينَ الثَّجيرِ[2]، وبوَزن الثَّجيرِ.

والنَّهيُ عن بَيع اللَّحمِ بالحَيَوان[3] فيما إذا كان أَحَدُهما نَسيئةً، كما ذُكِر مُقيَّدًا به في رِوايةٍ[4]، وبه نَقولُ.

والرُّطَبِ بالتَّمر(س م ف) مُتماثِلًا، أو بالرُّطَبِ(ف)، والعِنَبِ بالزَّبيب(س م ف)، أو بالعِنَب(س م ف)، والبُرِّ[5] الرَّطْبِ(م) أو الْمَبلولِ(م) بمِثله، ....

(١) في (ب) و(د): متقارب.

(٢) الثجير -مثال رغيف-: ثُفل كل شيء يعصر، وهو معرب، وقال الأصمعي: الثجير عصارة التمر، والعامة تقوله بالمثناة، وهو خطأ. «المصباح» ١/ ٨٠.

(٣) النهي عن بيع اللحم بالحيوان مطلقًا: رواه البزار (٥٨٨٨)، والدارقطني (٣٠٥٦)، والحاكم (٢٢٥٢)، والبيهقي (١٠٥٧٠).

(٤) لعله يشير إلى ما رواه مسلم (١٥١٤)، عن ابن عمر قال: كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور إلى حبل الحبلة، وحبل الحبلة أن تنتج الناقة ثم تحمل التي نتجت، فنهاهم رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن ذلك.

(٥) في (ف): والبسر.

أو باليابِس(م)، أو مُنقَعِ(م)(١) الزَّبيبِ بمِثله، أو باليابِس(م).

وصَحَّ بيعُ الرُّطَبِ بالتَّمر مُتماثِلًا -أي كيلًا بكيلٍ- عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، خِلافًا لأبي يوسفَ ومحمدٍ والشّافعيِّ رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ.

لهم: حَديثُ سعدِ بنِ أبي وقّاصٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ سُئِل عن بَيع الرُّطَبِ بالتَّمر فقال: «أينقُصُ إذا جَفَّ؟»، فقِيل: نعم، قال: «فلا إذَن»(٢)، فأفسَد البيعَ، وأَشار إلى العِلّة، وهو النُّقصانُ عندَ الجَفافِ.

وبه تَبيَّن أن شرطَ جَوازِ العقدِ المُماثَلةُ في أعدَل الأحوالِ، وهو ما بعدَ الجَفافِ، وذا لا يُعرَفُ بالمُساواة كيلًا في الحال؛ لأن قَفيزَ الرُّطَبِ ربما يَصيرُ نِصفَ قَفيزٍ عندَ الجَفافِ.

وله: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «التَّمرُ بالتَّمر مِثلٌ بمِثلٍ»(٣)، والرُّطَبُ تمرٌ؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ حينَ أُهدِي رُطَبًا: «أوَكُلُّ(٤) تمرِ خَيبرَ هكذا؟»(٥)، وقد نَهى النَّبيُّ

---

(١) أنقعت الدواء وغيره إنقاعًا: تركته في الماء حتى انتقع، وهو نقيع، فعيل بمعنى مفعول. «المصباح» ٢/ ٨٨.

(٢) رواه بهذا اللفظ: ابن حبان (٤٩٩٧)، وبلفظ قريب جدًّا: عند أبي داود (٣٣٥٩)، والترمذي (١٢٢٥)، والنسائي (٤٥٤٦)، وابن ماجه (٢٢٦٤).

(٣) رواه بهذا اللفظ: عبد الرزاق (١٤١٩٣)، والحميدي (٣٩٤)، والشاشي (٩٨٢)، والروياني (٧٥٥)، وعبد بن حميد (٨٦٠).

وورد بلفظ: «التمر بالتمر، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والملح بالملح.. مثلًا بمثل» الحديث: عند مسلم (١٥٨٨).

(٤) في (و): أكل.

(٥) قال في «نصب الراية» ٤/ ٤٣: أخرج البخاري (٧٣٥٠) ومسلم (١٥٩٣) عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعث أخا بني عدي الأنصاري فاستعمله=

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بَيع التَّمرِ قبلَ أن يُزْهِيَ، قِيل: وما يُزْهِي يا رَسولَ اللهِ! فقال: «أن يَحمَرَّ أو يَصفرَّ»[1]، فسَمّاه تمرًا وهو بُسرٌ.

ولأن التَّمرَ اسمُ جِنسٍ لثَمَرةٍ خارِجةٍ من النَّخل من حينَ تَنعقِدُ صُورتُها إلى أن تُدرِكَ، وما بينَ ذلك أحوالٌ وصِفاتٌ تَتعاقَبُ مع اتِّحادِ الذّاتِ، كالآدميِّ يَكونُ صَبيًّا ثم شابًّا ثم كهلًا ثم شيخًا، وإذا ثَبَت أن الكلَّ تمرٌ فيُراعى وُجودُ الْمُماثَلةِ عندَ العقدِ، وقد وُجِدت، فيَجوزُ.

ولأن الرُّطَبَ إن كان تمرًا فيَجوزُ البيعُ؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «التَّمرُ بالتَّمر مِثلٌ بمِثلٍ»[2]، وإلا فيَجوزُ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إذا اختَلَف النَّوعان فبِيعوا كيف شِئتُم

= على خيبر، فقدم بتمر جنيب، فقال له رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أكل تمر خيبر هكذا؟»، قال: لا والله يا رسول الله، إنا لنشتري الصاع بالصاعين من الجمع، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تفعلوا، ولكن مثلًا بمثل، بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا، وكذلك الميزان»، وفي لفظ آخر (البخاري ٢٣٠٢): إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تفعل، بع الجمع بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيبًا». انتهى.

والمصنف احتج بالحديث على جواز بيع الرطب بالتمر مثلًا بمثل، بناءً على تسميته في الحديث تمرًا، وقد كشفت طرق الحديث وألفاظه فلم أجد فيه ذكر الرطب، والبخاري ذكر الحديث في أربعة مواضع من «صحيحه» في البيوع (٢٢٠١)، وفي الوكالة (٢٣٠٢)، وفي المغازي (٤٢٤٤)، وفي الاعتصام (٧٣٥٠)، وبهذا اللفظ -أي الأخير- رواه النسائي (٤٥٥٣) أيضًا.

(١) ورد تفسير الزهو بالاحمرار والاصفرار في جل الروايات من كلام الصحابي أو التابعي، كما في رواية البخاري (٢١٩٦) ومسلم (١٥٣٦) واللفظ له: عن سعيد بن ميناء، عن جابر بن عبد الله قال: نهى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن المزابنة، والمحاقلة، والمخابرة، وعن بيع الثمرة حتى تشقح، قال: قلت لسعيد: ما تشقح؟ قال: تحمار وتصفار، ويؤكل منها.

(٢) تقدم تخريجه.

بعدَ أن يَكونَ يدًا بيدٍ»[١]، فكان جَوازُه لازِمَ أمرٍ عدَمُه مَلزومُه، فيَتحقَّقُ لُزومُه، وهذا حسَنٌ في الْمُناظَرة لدَفع الخصمِ، كما قال أبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ حينَ دَخَل بَغدادَ[٢].

ولكن لا يُعرَفُ حُكمُ الحادِثةِ به؛ لجَواز قِسمٍ ثالِثٍ، كالحِنطة الْمَقليّةِ بغَير الْمَقليّةِ، فإنه لا يَجوزُ بيعُها.

ولا يُقالُ: لو كان حِنطةً لجاز بيعُها؛ لقَوله[٣] عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «الحِنطةُ بالحِنطة»[٤]، وإن لم يكن فيَجوزُ؛ لقَوله[٥] صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا اختلَف النَّوعان فبِيعوا كيف شِئتُم»[٦].

ومَدارُ ما رَوَوا على زَيد بنِ عيّاشٍ، وهو ضَعيفٌ عندَ النَّقَلةِ، واستَحسَن أهلُ الحَديثِ منه[٧] هذا الطَّعنَ، حتى قال ابنُ الْمُبارَكِ: كيف يُقالُ: أبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا يَعرِفُ الحَديثَ وهو يَقولُ: زيدُ بنُ عيّاشٍ ممن لا يُقبَلُ حَديثُه؟!

على أنه وَرَد مُخالِفًا للحَديث الْمَشهورِ، فيُرَدُّ.

ولأن الصَّحيحَ أنه سُئِل عن بَيع الرُّطَبِ بالتَّمر نَسيئًا[٨]، كذا رَوى أبو داودَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ

---

(١) تقدم الكلام عليه.

(٢) قال في «العناية» ٧/ ٢٨: روي أن أبا حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ لما دخل بغداد سئل عن هذه المسألة، وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر، فاحتج بأن الرطب لا يخلو إما أن يكون تمرًا أوْ لا، فإن كان تمرًا جاز العقد بأول الحديث، يعني قوله: «التمر بالتمر»... إلخ.

(٣) في (أ) و(و): بقوله.

(٤) رواه مسلم (١٥٨٨).

(٥) في (أ) و(ج) و(و): بقوله.

(٦) تقدم الكلام عليه.

(٧) أي من الإمام الأعظم رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ.

(٨) رواه أبو داود (٣٣٦٠) من طريق يحيى بن أبي كثير، والدارقطني (٢٩٩٤)، والحاكم =

في «سُنَنه»، وبه نَقولُ.

=(٢٢٦٧)، والبيهقي (١٠٥٦٠).

وقال الحاكم عقيبه: هذا حديث صحيح؛ لإجماع أئمة النقل على إمامة مالك بن أنس، وأنه محكِم في كل ما يرويه من الحديث، إذ لم يوجد في رواياته إلا الصحيح، خصوصًا في حديث أهل المدينة، ثم لمتابعة هؤلاء الأئمة إياه في روايته عن عبد الله بن يزيد، والشيخان لم يخرجاه لما خشياه من جهالة زيد أبي عياش.

لكن قال الدارقطني عقيب روايته له: تابعه حرب بن شداد عن يحيى، وخالفه مالك وإسماعيل بن أمية والضحاك بن عثمان وأسامة بن زيد، رووه عن عبد الله بن يزيد ولم يقولوا فيه: نسيئة، واجتماع هؤلاء الأربعة على خلاف ما رواه يحيى يدل على ضبطهم للحديث، وفيهم إمام حافظ وهو مالك بن أنس.

وقال الطحاوي في «معاني الآثار» (٥٤٩٠) بعد أن رواه: فكان هذا أصل الحديث فيه ذكر النسيئة، زاده يحيى بن أبي كثير على مالك بن أنس، فهو أولى، وقد روى هذا الحديث أيضًا غير عبد الله بن يزيد على مثل ما رواه يحيى بن أبي كثير أيضًا: حدثنا يونس، قال أخبرنا ابن وهب، قال أخبرنا عمرو بن الحارث، عن بكير بن عبد الله، حدثه عن عمران بن أبي أنس: أن مولًى لبني مخزوم حدثه: أنه سئل سعد بن أبي وقاص عن الرجل يسلف الرجل الرطب بالتمر إلى أجل؟ فقال سعد: نهانا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن هذا. فهذا عمران بن أبي أنس وهو رجل متقدم معروف قد روى هذا الحديث كما رواه يحيى، فكان ينبغي في تصحيح معاني الآثار أن يكون حديث عبد الله بن يزيد -لما اختلف عنه فيه- أن يرتفع ويثبت حديث عمران هذا، فيكون هذا النهي الذي جاء في حديث سعد هذا إنما هو لعلة النسيئة لا لغير ذلك.

فهذا سبيل هذا الباب من طريق تصحيح الآثار، وأما وجهه من طريق النظر: فإنا قد رأيناهم لا يختلفون في بيع الرطب بالرطب مِثلًا بمثل أنه جائز، وكذلك التمر بالتمر مثلًا بمثل، وإن كانت في أحدهما رطوبة ليست في الآخر، وكل ذلك ينقص إذا بقي نقصانًا مختلفًا ويجف، فلم ينظروا إلى ذلك في حال الجفوف فيبطلوا البيع به، بل نظروا إلى حاله في وقت وقوع البيع، فعملوا على ذلك ولم يراعوا ما يؤول إليه بعد ذلك من جفوف ونقصان، فالنظر على ذلك أن يكون كذلك الرطب بالتمر، ينظر إلى ذلك في وقت وقوع البيع، ولا ينظر إلى ما يؤول إليه من تغيير وجفوف، وهذا قول أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه، وهو النظر عندنا.

وصَحَّ بيعُ الرُّطَبِ بالرُّطَب مُتماثِلًا كيلًا عندَنا، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «التَّمرُ بالتَّمر كيلًا[1] بكيلٍ»[2]، والرُّطَبُ تمرٌ؛ لِما مَرّ.

وبيعُ العِنَبِ بالزَّبيب: كبَيع الرُّطَبِ بالتَّمر على الخِلاف[3].

وقِيل: لا يَصِحُّ اتِّفاقًا، كالحِنطة المَقليّةِ بغَير المَقليّةِ.

والعِنَبِ بالعِنَب: جائِزٌ، عُلِم التَّفاوُتُ بعدَ الجَفافِ أوْ لا.

والبُرِّ الرَّطْبِ أو المَبلولِ بمِثله أو باليابِس، ومُنْقَعِ الزَّبيبِ بمِثله[4] أو باليابِس: يَصِحُّ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ؛ لأنهما يَعتبِران التَّساويَ في الحال؛ إذ التَّساوِي شرطُ صِحّةِ العقدِ، فيُشترَطُ عندَ العقدِ لا بعدَه، فتَصِحُّ هذه البُيوعُ.

إلا أن أبا يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَرَكَ هذا الأصلَ في بَيع الرُّطَبِ بالتَّمر؛ لحَديث[5] سعدٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ[6]، فبَقِي الباقي على القِياس.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَصِحُّ في جَميع ذلك؛ لأنه يَعتبرُ المُماثَلةَ في أعدَل الأحوالِ، وهو المآلُ، وإليه الإشارةُ في حَديث سعدٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، وذا لا يُوجَدُ في هذه الصُّوَرِ[7].

---

(١) في سوى (ب): كيل.

(٢) رواه بهذا اللفظ: الإمام أبو يوسف في «الآثار» (٨٣٣)، وروواه الإمام أحمد (٧١٧١) بلفظ: «والتمر بالتمر، والملح بالملح.. كيلًا بكيل»، والنسائي في «الكبرى» (٦١١١) بلفظ: «والتمر بالتمر، والبر بالبر، والشعير بالشعير.. كيلًا بكيل».

(٣) في (ب): (خلافًا للشافعي) بدل (على الخلاف).

(٤) في (هـ): بمثله.

(٥) في (أ) و(و): بحديث.

(٦) أراد به قوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «أينقص إذا جف؟»... إلى آخر الحديث. «البناية» ١٠/ ٥١.

(٧) في (ج) و(د) و(هـ): الصورة.

وفَرَّق محمدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ بينَ هذه الفُصولِ وبينَ بيعِ الرُّطَبِ بالرُّطَب، والعِنَبِ بالعِنَب، فقال: التَّفاوُتُ ثَمَّ يَظهَرُ بعدَ خُروجِ البدَلَين عن اسمِ عُقِد عليه العقدُ، فلا يَكونُ ذلك تَفاوُتًا في الْمَعقود عليه، فلا يُعتبَرُ، فيَصِحُّ العقدُ.

وفي هذه الفُصولِ التَّفاوُتُ يَظهَرُ بعدَ الجَفافِ مع بَقاءِ البدَلَين على اسمِ عُقِد عليه العقدُ، وفي بَيع الرُّطَبِ بالتَّمر مع بَقاءِ أحَدِهما على ذلك، فيَكونُ تَفاوُتًا في عَين الْمَعقودِ عليه، فيَفسُدُ العقدُ.

ولو باع البُسْرَ بالتَّمر مُتفاضِلًا لم يَجُز؛ لأن البُسْرَ تمرٌ، بخِلاف الكُفَرَّىٰ[1]؛ حيث يَصِحُّ بيعُه بما شاء من التَّمر، قَفيزان من الكُفَرَّىٰ بقَفيزٍ من التَّمر؛ لأن الكُفَرَّىٰ ليس بتَمرٍ؛ إذ التَّمرُ اسمٌ لِما يَخرُجُ من النَّخل من حينِ تَنعقِدُ صُورتُه إلى أن يُدرِكَ، ولا تَنعقِدُ صُورةُ التَّمرِ في الكُفَرَّىٰ، فلا يَكونُ تمرًا.

ولو باع التَّمرَ بالكُفَرَّىٰ نَسيئةً لا يَصِحُّ؛ لأنه مَجهولٌ؛ لأنه عدَديٌّ مُتفاوِتٌ؛ لتَفاوُت آحادِه في الماليّة باعتِبار الصِّغَرِ والكِبَرِ.

والُّلحومِ الْمُختلِفةِ بعضِها ببعضٍ مُتفاضِلًا، وألبانِ البَقَرِ(ف) والغَنَمِ.

وصَحَّ بيعُ الُّلحومِ الْمُختلِفةِ بعضِها ببعضٍ مُتفاضِلًا.

والْمُرادُ: لحمُ البقَرِ والغنَمِ والإبِلِ، فأما البقَرُ والجَواميسُ: فجِنسٌ واحِدٌ، وكذا

---

(١) بضم الكاف وفتح الفاء وضمها معًا وتشديد الراء مقصور، هو عند أكثرهم: وعاء الطلع وقِشره الأعلى، وهو قول الأصمعي، وهو الكافور والكفر أيضًا، وقال بعض أهل اللغة: وعاء كل شيء كافوره، ويقال له: قفور أيضًا، وقال الخطابي: قول الأكثرين أن الكفرى الطلع بما فيه، وقال الفراء: هو الطلع حين ينشق، قال أبو علي: وقول الأصمعي هو الصحيح، وقال الخليل: الكفرى الطلع، وقوله في الحديث: (قشر الكفرى) يصحح قوله. «المشارق» ١/ ٣٤٥.

الضَّأنُ والْمَعْزُ، والعِرابُ والبَخاتِيُّ.

وصَحَّ بيعُ ألبانِ البقَرِ والغنَمِ مُتفاضِلًا.

ويُعتبَرُ فِي اللَّبَنِ الأُصولُ، كما في اللَّحم.

واللُّحومُ والألبانُ في أحَد قَولَي الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ جِنسٌ واحِدٌ؛ لاتِّحاد الاسمِ والصُّورةِ والْمَقصودِ.

ولنَا: أن أُصولَها أجناسٌ، حتى لا يُضَمُّ البعضُ إلى البَعض في الزَّكاة، وكذا الأسامِي مُختَلِفةٌ باعتِبار الإضافةِ، كدَقيق البُرِّ مع دَقيقِ الشَّعيرِ، والْمَقصودُ مُختلِفٌ أيضًا، فبعضُ النَّاسِ يَرغَبُ في بَعض اللُّحومِ والألبانِ دونَ البعضِ، وقد يَنفَعُه البعضُ ويَضُرُّه البعضُ، فكذا أجزاؤُها إذا لم تَتبدَّل بالصَّنعة.

وخلُّ الدَّقَلِ[1] بخلِّ العِنَبِ.

وكذا خلُّ الدَّقَلِ بخلِّ العِنَبِ جِنسان، كأَصلهما، ولهذا كان عَصيراهما جِنسَين، فصَحَّ بيعُ أحَدِهما بالآخَر مُتفاضِلًا.

وشَعْرُ الْمَعْزِ وصُوفُ الغنَمِ: جِنسان؛ لاختِلاف الصُّورةِ والْمَقصودِ.

وشحمِ البطنِ بالألْيةِ[2]، أو باللَّحم.

وشحمُ البطنِ والألْيةِ واللَّحمُ: أجناسٌ؛ لاختِلاف الأسامِي والصُّوَرِ والْمَقاصِدِ.

والخُبزِ بالبُرِّ(ح) أو الدَّقيقِ، مُتفاضِلًا، لا البُرِّ بالدَّقيق أو السَّويقِ، والدَّقيقِ به(س م).

---

(١) الدَّقَل بفتحتين: أردأ التمر، الواحدة دقلة. «المصباح» ١/ ١٩٧.

(٢) الألْيَة: لحمة المؤخر من الحيوان، معلومة، وهي من ابن آدم المقعدة، وجمعها ألَيات، بفتح اللام. «المشارق» ١/ ٣٢.

وصَحَّ بيعُ الخُبزِ بالبُرّ والدَّقيقِ مُتفاضِلًا؛ لأن الخُبزَ عدديٌّ أو وَزنيٌّ، والبُرُّ كَيليٌّ نصًّا، فلم يَجمَعهما القَدْرُ من كلِّ وجهٍ.

وكذا لا تَجانُسَ بينَ الدَّقيقِ والخُبزِ، فلم تَتحقَّق عِلّةُ الرِّبا، فلا يَتحقَّقُ الرِّبا.

وعن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا خيرَ[1] فيه، والفَتوى على الأوَّل.

وهذا إذا كانا نَقدَين، فإن كان البُرُّ نَسيئةً صَحَّ أيضًا، وإن كان الخُبزُ نَسيئةً صَحَّ عند أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعليه الفَتوى.

وكذا صَحَّ السَّلَمُ في الخُبز في الصَّحيح.

وذَكَر ابنُ رُستُمَ في «نَوادِره»: أن على قَول أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ تَعَالَىٰ: لا يَصِحُّ السَّلَمُ في الخُبز، وعلى قَول أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَصِحُّ إذا شَرَط وزنًا مَعلومًا وضربًا مَعلومًا.

ولا يَصِحُّ بيعُ البُرِّ بالدَّقيق أو السَّويقِ مُتساوِيًا أو مُتفاضِلًا؛ لشُبهة الْمُجانَسةِ؛ لأن أحَدَهما بُرٌّ والآخرَ أجزاءُ البُرِّ، أو أحَدُهما دَقيقٌ وفي الآخَر أجزاءُ الدَّقيقِ، وشُبهةُ الْمُجانَسةِ تكفي، كما في دُهن السِّمسِمِ بالسِّمسِم.

والْمِعيارُ فيهما الكيلُ، وهو غيرُ مُسوٍّ[2] بينَهما وبينَ البُرِّ؛ لاكتِنازهما فيه، وتَخلخُلِ حبّاتِ البُرِّ، فلا يَصِحُّ وإن كان كيلًا بكيلٍ.

وصَحَّ بيعُ الدَّقيقِ بالدَّقيق مُتساوِيًا كيلًا عندَنا، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لوُجود الشَّرطِ، وهو الْمُساواةُ، وتَوهُّمُ التَّفاوُتِ هدَرٌ، كما في البُرِّ بالبُرّ.

---

(١) في (أ) و(و): خبر. وهو خطأ. والمثبت كما في «الهداية» ٣/ ٦٥، وقال في «العناية» ٧/ ٣٧: لا خير فيه: أي لا يجوز، والتركيب للمبالغة في النهي؛ لأنه نكرة في سياق النفي، فتعم نفي جميع جهات الخير.

(٢) في (د) و(هـ): مستو.

ولا يَصِحُ بيعُ الدَّقيقِ بالسَّويق عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، مُتساوِيًا أو مُتفاضِلًا؛ لبَقاء الْمُجانَسةِ من وجهٍ؛ إذ السَّويقُ أجزاءُ حِنطةٍ مَقليةٍ، والدَّقيقُ أجزاءُ حِنطةٍ غيرِ مَقليّةٍ، وبيعُ الحِنطةِ الْمَقليّةِ بغَير الْمَقليّةِ لا يَصِحُّ[1] بحالٍ، فكذا بيعُ الدَّقيقِ بالسَّويق.

ولهذا لا يَجوزُ بيعُ الْمَقليّةِ بالدَّقيق، ولا بيعُ الحِنطةِ بالسَّويق، فكذا بيعُ أجزائِهما، بل هذا أحَقُّ؛ لتَوفُّر الْمُجانَسةِ هنا.

وعندَهما: يَصِحُّ مُتساوِيًا ومُتفاضِلًا؛ لأنهما جِنسان مُختلِفان؛ لاختِلاف الاسمِ والْمَقصودِ؛ إذ يُقصَدُ بالدَّقيق اتِّخاذُ الخُبزِ والعَصيدةِ ونحوِهما، ولا يَحصُلُ شيءٌ من ذلك بالسَّويق، وإنما يُلَتُّ بالسَّمْن أو العسَلِ فيُؤكَلُ.

قُلنا: التَّغذِّي مُعظَمُ الْمَقصودِ، وهو يَشمَلُهما، فلا يُبالَىٰ بفَوات بعضِ الْمَقاصِدِ، كالحِنطة الْمَقليّةِ مع غيرِ الْمَقليّةِ، أو كالعَلِكة مع الْمُسوِّسةِ، فإنها لا تَصلُحُ للزِّراعة والهَريسةِ، وذا لا يُوجِبُ اختِلافَ الجِنسِ، فكذا الدَّقيقُ مع السَّويقِ.

إلا أن بيعَ الحِنطةِ الْمَقليّةِ بغَير الْمَقليّةِ لا يَصِحُّ في الأصَحِّ؛ لعَدَم الْمُسوِّي بينَهما؛ لاكتِنازِ أحَدِهما، وتَخلخُلِ الآخَرِ، وبيعَ العَلِكةِ بالْمُسوِّسة يَصِحُّ؛ لوُجودِ الْمُسوِّي بينَهما.

والزَّيتونِ بالزَّيت، والسِّمسِمِ بالشَّيرَج[2]، حتى يَكونَ الزَّيتُ والشَّيرَجُ أكثَرَ مما في الزَّيتون والسِّمسِمِ.

ولا يَصِحُّ[3] بيعُ الزَّيتونِ بالزَّيت، والسِّمسِمِ بالشَّيرَج، حتى يَكونَ الزَّيتُ والشَّيرَجُ

---

(١) في (هـ): لا يجوز.

(٢) الشيرج: معرب من شيره، وهو دهن السمسم، وربما قيل للدهن الأبيض وللعصير قبل أن يتغير: شيرج؛ تشبيهًا به لصفائه، وهو بفتح الشين، مثال زينب وصيقل وعيطل. «المصباح» ١/ ٣٠٨.

(٣) في (هـ): ولا يجوز.

أكثرَ مما في الزَّيتون والسِّمسِمِ؛ ليكونَ الدُّهنُ بمِثله، والزِّيادةُ بالثَّجير.

اعلَم أن بيعَ أحَدِهما بالآخَر على أربَعة أوجُهٍ:

إن عُلِم أن الزَّيتَ الذي في الزَّيتون أكثَرُ من الزَّيت الْمُنفصِلِ: لم يَصِحَّ؛ لتَحقُّق الفضلِ الخالِي عن العِوَض من حيث زِيادةُ الدُّهنِ والثَّجيرِ.

وكذا إن عُلِم أنه مِثلُه؛ لأن الثُّفْلَ[1] يَكونُ فضلًا خالِيًا عن العِوَض.

وإن كان الزَّيتُ الْمُنفصِلُ أكثرَ جاز، والفضلُ بالثُّفْل.

وهذه الثَّلاثةُ بالإِجماع.

وإن لم يُعلَم أنه مِثلُه، أو أكثرُ منه، أو أقَلُّ منه: صَحَّ عندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن الجَوازَ هو الأصلُ، والفَسادَ لوُجود الفضلِ الخالِي عن العِوَض، فما لم يُعلَم به لا يَفسُدُ البيعُ.

وعندَنا: لا يَصِحُّ؛ لأن الفضلَ الذي هو مُتوهَّمُ الوُجودِ كالْمُتحقِّق في باب الرِّبا احتِياطًا؛ لنَهيه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ عن الرِّبا والرِّيبةِ[2]، وهي شُبهةُ الرِّبا.

---

(١) في (ب): التفل، وفي (أ) و(د) غير منقوطة. وكذا الموضع الآتي.

والثُّفل -مثل قفل-: حثالة الشيء، وهو الثخين الذي يبقى أسفل الصافي. «المصباح» ١/ ٨٢.

(٢) في (هـ): الربية. وتقدم قول النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ أن الرُّبْيَة لغة في الربا.

وأما تخريجه: فقد روى الإمام أحمد (٢٤٦) وابن ماجه (٢٢٧٦) عن سعيد بن المسيب قال: قال عمر: إن آخر ما نزل من القرآن آية الربا، وإن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قُبض ولم يفسرها، فدعوا الربا والريبة.

لكن قال في «المغرب» ص٢٠٣: رابه رَيْبًا: شككه، والريبة: الشك والتهمة، ومنها الحديث: «دع ما يَريبك إلى ما لا يَريبك، فإن الكذب ريبة وإن الصدق طمأنينة»، أي يشككك ويحصل فيك الريبة، وهي في الأصل: قلق النفس واضطرابها، ألا ترى كيف قابلها بالطمأنينة وهي السكون، وذلك أن النفس لا تستقر متى شكّت في أمر، وإذا أيقنته سكنت واطمأنت.

وقوله: نهى عن الربا والريبة: إشارة إلى هذا الحديث، وكذا حديث شريح: أيما امرأة صولحت عن=

وعلى هذا الاعتِبارِ: الجَوزُ بدُهنه، واللَّبَنُ بسَمْنه، والعِنَبُ بعَصيره، والتَّمرُ بدِبسه.

والقُطنُ بغَزْله قِيل: يَجوزُ؛ لاختِلافهما حَقيقةً، وقِيل: لا يَصِحُّ إلا بطَريق الاعتِبارِ؛ لأن في القُطن غَزْلًا، لكنه دَقيقٌ.

والكِرْباسُ بالقُطن يَصِحُّ كيفما كان بالإجماع؛ لاختِلافهما من كلِّ وجهٍ.

ويُستقرَضُ الخُبزُ وزنًا(ح)، لا عَدَدًا(م)(1).

ويَصِحُّ استِقراضُ الخُبزِ وزنًا لا عددًا عندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ، وعليه الفَتوى؛ لأنه مَوزونٌ، فيُعلَمُ بالوَزن لا بالعدِّ؛ لتَفاوُت آحادِه قَدْرًا، فلا يَتحقَّقُ التَّساوِي به.

وعندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَصِحُّ وزنًا وعدَدًا؛ لأنه وإن وُزِن فهو مُتفاوِتٌ بتَفاوُت الخُبزِ والخبّازِ والتَّنُّورِ، والتَّقدُّمِ والتَّأخُّرِ، والاستِقراضُ إنما يَصِحُّ في الْمِثليّ؛ لأن مِن شرطِه القُدرةَ على أداء مِثلِ الْمُستقرَضِ، وقد فات شرطُ صِحّةِ الاستِقراضِ، فلا يَصِحُّ الاستِقراضُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَصِحُّ بهما؛ للتَّعامُل، والقِياسُ يُترَكُ بالتَّعامُل، كما في الاستِصناع.

= ثُمُنها لم يبين لها كم ترك زوجها فتلك الربية.

ومن روى (الزُّبْية) في الحديثين على حُسبان أنها تصغير الربا: فقد أخطأ لفظًا ومعنًى.

وكذا ما في «جمع التفاريق»: قفيز دقيق معه درهم بقفيزي حنطة.. قال الشعبي: إن لم يكن ربًا فهو ربية: تحريف، وإن كان اللفظة محفوظةً من الثقات فوجهها أن تكون تصغير الرُّبْيَة بمعنى الربا، على ما جاء في حديث صلح نجران: «ليس عليهم ربية ولا دم»، والمحدثون يروونها رُبِّيَة بتشديد الباء والياء على فعولة من الربا، وعن الفراء: رُبْية وشبهها بحُبْيَة من الاحتباء، سماعًا من العرب، وأصلها واو. انتهى.

فإن كان كذلك: فالأحاديث التي نهت عن الربا كثيرة جدًّا، مر معنا بعضها، وأما الحديث الذي ذكره في الربية: فقد رواه الترمذي (٢٥١٨) وغيره.

(١) في (م): ولا يستقرض الخبز وزنًا وعددًا.

ولا رِبا بينَ السَّيِّدِ وعبدِه، والْمُسلِمِ[س] ف] والحَربيِّ ثَمّ، أو مَن آمَن[س م ف] ثَمّ.

ولا رِبا بينَ السَّيِّدِ وعبدِه؛ لأن العبدَ وما في يَده لسَيِّده، فلا يَتحقَّقُ الرِّبا.

وهذا إذا كان مَأذونًا غيرَ مَديونٍ، فإن كان مَديونًا لا يَصِحُّ؛ لأن دَينَ العبدِ يَمنَعُ مِلكَ الْمَولى عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: إن كان لا يَمنَعُ فلا يَعرى عن التَّعلُّق، فلا يَكونُ مِلكًا له مُطلَقًا، فيَتحقَّقُ الرِّبا، كما يَتحقَّقُ بينَه وبينَ مُكاتَبِه.

ولا بينَ الْمُسلِمِ والحَربيِّ في دار الحربِ، خِلافًا لأبي يوسفَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ تَعَالَىٰ، فهما اعتبَرا بالْمُستأمَن منهم في دارنا.

ولنا: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا رِبا بينَ الْمُسلِمِ والحَربيِّ في دار الحربِ»[١].

ولأن مالَ أهلِ الحربِ مُباحٌ في دارهم، فكان آخِذًا مالًا مُباحًا بلا غدرٍ[٢]، فيَصِحُّ، وهو بالاستِئمان ضَمِن لهم أن لا يَخونَهم، وتَملُّكُ المالِ بهذا الطَّريقِ خالٍ عن الخِيانة، بخِلاف الْمُستأمَنِ منهم؛ لأن مالَه صار مَحظورًا بأمانه، فيُفضِي إلى الغَدر، وهو حَرامٌ.

ولا بين مُسلِمٍ مُستأمَنٍ في دار الحربِ وبينَ مُسلِمٍ أسلَم ثَمَّ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن مالَ من أسلَم ثَمَّ لا عِصمةَ له، فصار كمالِ الحَربيِّ، ويَجوزُ أخذُ مالِ الحَربيِّ بِرضاه للمُسلِمِ الْمُستأمَنِ.

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٤٤: غريب، وأسند البيهقي في «المعرفة» (١٨١٦٩) في كتاب السِّيَر عن الشافعي قال: قال أبو يوسف: إنما قال أبو حنيفة هذا.. لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول، عن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «لا ربا بين أهل الحرب»، أظنه قال: «وأهل الإسلام»، قال الشافعي: وهذا ليس بثابت، ولا حجة فيه. انتهى كلامه.

(٢) في سوى (ب): عذر، وفي (ج): غذر.

وقالا: إنه رِبًا جَرى بينَ مُسلِمَين، وهو حَرامٌ.

اشتَراه على أنه قَفيزٌ، فكالَه، فزاد بالماء أو نَقَص: أخَذ الكلَّ بالثَّمَن أو تَرَك، ولو قبلَه: أخَذ قَفيزًا إن شاء..

ولو اشتَرى طَعامًا عَينًا على أنه قَفيزٌ، فكاله البائعُ بحَضرة الْمُشتَري، فكان قَفيزًا، فزاد بالماء، أو نَقَص بالجَفاف: أخَذ الكلَّ بكلِّ الثَّمَنِ أو تَرَك؛ لحُصوله بعدَ تَعيُّنِ مِلكِه بالكَيل، ويُخيَّرُ؛ للتَّعيُّب قبلَ القبضِ.

ولو كان قبلَ الكيلِ: أخَذ قَفيزًا إن شاء؛ لأنه الْمَشروطُ، ويُخيَّرُ؛ للتَّعيُّب قبلَ القبضِ.

كشِراء قَفيزٍ من صُبرةٍ، وكالَه فزاد به، وقَفيزِ بُرٍّ بمِثله، فزاد أحَدُهما به قبلَه.

ولو اشتَرى قَفيزًا من صُبرةٍ، وكاله، وعَزَله في ناحِيةٍ، فزاد بالماء: لا يَأخُذُ إلا قَفيزًا؛ لأن الْمَبيعَ إذا لم يكن مُعيَّنًا لا يَتعيَّنُ إلا بالتَّسليم، فلا يَتعيَّنُ مِلكُه بالكَيل، ولهذا لو هَلَك الْمَعزولُ لا يَبطُلُ البيعُ، فكان وُجودُ الكيلِ كعَدَمه.

ولو اشتَرى قَفيزَ بُرٍّ بقَفيز بُرٍّ[1] بأَعيانهما، فزاد أحَدُهما بالماء قبلَ الكيلِ: لا يَأخُذُ إلا قَفيزًا إن شاء؛ لحُصول الزِّيادةِ قبلَ تَعيُّنِ مِلكِه، والْمُستحَقُّ تَسليمُ الْمَشروطِ عندَ العقدِ، وهو القَفيزُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَفسُدُ العقدُ؛ لأن عندَه لا يَصِحُّ بيعُ البُرِّ الْمَبلولِ بغَير الْمَبلولِ، فإذا ابتَلَّ قبلَ القبضِ وله شبَهٌ بالعَقد: يَفسُدُ العقدُ.

بخِلاف ما لو اشتَرى قَفيزَ بُرٍّ بقَفيز بُرٍّ بأَعيانهما، وكال كلُّ واحِدٍ بحَضرة صاحِبِه،

---

(١) في (هـ): قفيزين بقفيزين.

فكان قَفيزًا تامًّا، فلم يتقابَضا حتى أصاب أحَدَهما ماءٌ؛ فإن الْمُشتريَ يُخيَّر للعَيب، وإذا أخَذ يَأخُذُ الزِّيادةَ؛ لتَعيُّن الْمَبيعِ، فحَدَثت الزِّيادةُ على مِلكه.

ولا يَفسُدُ العقدُ؛ لأن للكَيل حُكمَ القبضِ، فالبلَلُ الحاصِلُ بعدَ الكيلِ حاصِلٌ بعدَ القبضِ حُكمًا، فاعتِبارُه يُؤدِّي إلى اعتِبار شُبهةِ الشُّبهةِ، فلا يَفسُدُ العقدُ، فأما البلَلُ الحاصِلُ قبلَ القبضِ، كالبَلَل الحاصِلِ عندَ العقدِ: فتكونُ فيه شُبهةُ الرِّبا، فيَفسُدُ البيعُ، كما هو مَذهَبُه.

تَبايَعا رُطبًا برُطَبٍ، وكالا، فجَفَّ أحَدُهما، أو جَفًّا، ونَقَص أحَدُهما: أخَذ أو تَرَك، ولو قبلَ الكَيلِ: لا يَفسُدُ(س م).

ولو تَبايَعا رُطبًا برُطَبٍ، وكالا، ولم يَتقابَضا، فجَفَّ أحَدُهما، أو جَفًّا ونَقَص أحَدُهما: أخَذ أو تَرَك؛ لحُصول النُّقصانِ بعدَ تَعيُّنِ حقِّ كلِّ واحِدٍ منهما بالكَيل؛ إذ البيعُ أُضِيف إلى العَين، ويُخيَّرُ؛ للتَّعيُّب.

ولو كان هذا قبلَ الكيلِ: لا يَفسُدُ العقدُ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن ابتِداءَ العقدِ على هذا الوجهِ جائزٌ عندَه.

وعندَهما: يَفسُدُ؛ لوُجود العارِضِ قبلَ القبضِ من كلِّ وجهٍ، فصار كالْمَوجود عندَ العقدِ.

وبيعُ الرُّطَبِ بالتَّمر ابتِداءً لا يَصِحُّ عندَهما، بخِلاف ما بعدَ الكيلِ؛ لأن الكيلَ فيما بيعَ مُكايَلةً قبضٌ حُكمًا، فلا يَكونُ كالْمَوجود لدى العقدِ، واللهُ أعلَمُ.

بَابُ الحُقُوقِ

بابُ الحُقوقِ

العُلْوُ لا يَدخُلُ بشِراء بيتٍ بكلِّ حقٍّ.

العُلْوُ لا يَدخُلُ بشِراء بيتٍ، وإن قال: (بكلِّ حقٍّ هو له)، ما لم يَنُصَّ على العُلْو.

وبِشِراء مَنزِلٍ[1] إلا بكلِّ حقٍّ، أو بمَرافِقه، أو بكلِّ قَليلٍ وكَثيرٍ فيه، أو منه.

وبِشِراء مَنزِلٍ لا يَدخُلُ إلا أن يَقولَ: (بكلِّ حقٍّ هو له)، أو (بمَرافِقه)، أو (بكلِّ قَليلٍ وكَثيرٍ هو فيه)، أو (منه).

ودَخَل بشِراء دارٍ، كالكَنيف[2].

وبشِراء الدّارِ يَدخُلُ العُلْوُ والكَنيفُ، وإن لم يَذكُر: (بكلِّ حقٍّ هو لها).

---

(١) المنزل: اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ ليسكنه الرجل بعياله.

والمطبخ: موضع الطبخ، بفتح الميم وكسرها، والضم خطأ، والباء مفتوحة لا محالة.

وصحن الدار: وسطها. «الأنيس» ص٧٨.

(٢) الكنيف: الساتر، ويسمى التُّرسُ كنيفًا لأنه يستر، ومنه قيل للمذهب كنيف.

والكنيف أيضًا: حظيرة من شجر تجعل للإبل. «الأنيس» ص٧٨.

الكنيف: الحظيرة، والكنيف: الساتر، ويسمى الترس كَنيفًا لأنه يستر صاحبه، وقيل للمرحاض كنيف: لأنه يستر قاضي الحاجة، والجمع كُنُف، مثل نذير ونذر. «المصباح» ٢/ ٥٤٢.

لا الظُّلَّةُ(س م)، إلا بكلِّ حقٍّ.

ولا تَدخُلُ الظُّلَّةُ تحتَ بيعِ الدّارِ، إلا أن يَقولَ: (بكلِّ حقٍّ هو لها)، أو (بمَرافِقِها)، أو (بكلِّ قَليلٍ وكَثيرٍ هو له فيها)، أو (منها).

فالبيتُ: اسمٌ لِمُسْقَفٍ واحِدٍ له دِهْليزٌ.

والْمَنزِلُ: اسمٌ لِما يَشتمِلُ على بُيوتٍ، وصحنٍ مُسْقَفٍ، ومَطبَخٍ.

والدّارُ: اسمٌ لِما يَشتمِلُ على بُيوتٍ، ومَنازِلَ، وصحنٍ غيرِ مُسْقَفٍ.

فكانت الدّارُ أعَمَّ من أُختَيها؛ لاشتِمالها عليهما، فاستَتبَعت العُلْوَ بتَقديرَي[1] ذِكرِ الحُقوقِ وعدَمِه؛ لأنها اسمٌ لكلِّ ما أُدِير عليه الحائِطُ، والعُلْوُ مما أُدِير عليه الحائِطُ، فيَدخُلُ، والبيتُ اسمٌ لِما يُباتُ فيه، والعُلْوُ مِثلُه بلا تَفاوُتٍ، والشَّيءُ لا يَستتبِعُ مِثلَه، وليس من أَجزائه وتَوابِعِه ليَدخُلَ باسم التَّوابِعِ.

والْمَنزِلُ دونَ الدّارِ، وفوقَ البيتِ، فله مَنزِلةٌ بينَ الْمَنزِلتَين، فيُوفَّرُ على الشَّبَهين حظُّهما، فيَدخُلُ العُلْوُ فيه تَبَعًا بذِكر التَّوابعِ؛ عمَلًا بشَبَهه بالدّار، ولا يَدخُلُ بدُونه: عمَلًا بشَبَهه بالبَيت.

قالُوا: هذا الجَوابُ على هذا التَّفصيلِ[2] بِناءً على عُرف أهلِ الكُوفةِ، وفي عُرفنا: يَدخُلُ العُلْوُ في الكلّ، سَواءٌ باع باسم البيتِ أو الْمَنزِلِ أو الدّارِ؛ لأن كلَّ مَسكَنٍ يُسمّى خانةً، سَواءٌ كان صَغيرًا أو كَبيرًا، إلا دارَ السُلطان، فإنها تُسمّى سَرايْ.

ويَدخُلُ الكَنيفُ في اسم الدّارِ؛ لأنه تابِعٌ للدّار، ولأنها اسمٌ لِما أُدِير عليه الحائِطُ، والكَنيفُ مما أُدِير عليه الحائِطُ، فيَكونُ من الدّار، فيَدخُلُ تحتَ بيعِ الدّارِ بلا ذِكر

(١) في (ب): بتقدير.

(٢) في (ج): التفسير.

الحُقوقِ.

وأما الظُّلَّةُ التي تَكونُ على ظَهر الطَّريق -وهي التي أحَدُ طَرَفي جُذوعِها على حائِطِ الدّارِ الْمَبيعةِ، وطرَفُها الآخَرُ على حائِط الجارِ الْمُقابِلِ، أو على الأساطِين الْمَنصوبةِ تُجاهَ الدّارِ، ويُقالُ لها: السّاباطُ-: فلا تَدخُلُ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إلا بذِكر الحُقوقِ.

وعندَهما: تَدخُلُ بلا ذِكر الحُقوقِ إن[1] كان مَفتَحُها في الدّار؛ لأنها من تَوابع الدّارِ؛ إذ قَرارُها بها، فصارت كالكَنيف والعُلْوِ.

وله: أن الظُّلَّةَ تابِعةٌ للدّار من حيث إن قَرارَ أحدِ طرَفَيها عليها، وليست بتابِعةٍ لها من حيث إن قَرارَ طرَفِها الآخَرِ على شيءٍ آخرَ، ولو كان قَرارُ طرَفِها[2] بها لدَخلت تحتَ بيعِها تَبَعًا لها بلا ذِكرٍ، كالكَنيف.

ولو كان قَرارُ طرَفِها[3] بشيءٍ آخرَ لم تَدخُل تحتَ بيعِها، ولم تكن تَبَعًا لها أصلًا، فإذا كان قَرارُ أحدِ طرَفَيها[4] بالدّار الْمَبيعةِ، وقَرارُ طرَفِها الآخَرِ بشيءٍ آخرَ: لم تَدخُل إذا لم تُذكَر الحُقوقُ، ودَخَلت إذا ذُكِرت؛ عمَلًا بالشَّبَهَين، ولأنها خارِجةٌ عن الحُدود، مَبنيّةٌ على هَواء الطَّريقِ، فصارت كالطَّريق الخارِجِ.

ولا يَدخُلُ الطَّريقُ والْمَسيلُ في البَيع، إلا بنَحو كلِّ حقٍّ.

ومن اشتَرى بيتًا في دارٍ، أو مَنزِلًا، أو مَسكَنًا: لا يَدخُلُ الطَّريقُ ومَسيلُ الماءِ، إلا أن

(١) في (هـ): وإن.

(٢) في (ج) و(د) و(هـ): طرفيها.

(٣) في (ج): طرفها الآخر، وفي (هـ): طرفيها.

(٤) في سوى (أ) و(هـ): طرفها.

يَشتريَه بكلِّ حقٍّ هو له، أو بمَرافِقه، أو بكلِّ قَليلٍ وكَثيرٍ.

وكذا إذا اشتَرى أرضًا لا يَدخُلُ الشِّربُ بغَير ذِكرٍ؛ لأن هذه الأشياءَ وإن كانت تابِعةً للمَبيع من حيث إنه لا يُقصَدُ عَينُها، وإنما يُقصَدُ بها الانتِفاعُ بالْمَبيع.. إلا أنها أصلٌ بنَفسها من حيث إنه يُتصوَّرُ[1] قِيامُها بدُون الْمَبيعِ، فكانت تابِعةً للمَبيع من وجهٍ دون وجهٍ، فلا تَدخُلُ إلا بذِكر الحُقوقِ والْمَرافِقِ.

ولو آجَر: دَخَلا.

وهذا بخِلاف الإجارةِ؛ فإن هذه الأشياءَ تَدخُلُ فيها بلا ذِكر الحُقوقِ والْمَرافِقِ؛ لأنها شُرِعت للانتِفاع، ولا يَتحقَّقُ الانتِفاعُ إلا بهذه الأشياءِ؛ إذ الْمُستأجِرُ لا يَشتَريها عادةً، ولا يَجِدُ[2] ليَستأجِرَ، ولو استَأجَر الطَّريقَ الذي لربِّ الدّارِ لم يَجُز، فيَجِبُ إدخالُها تحتَ الإجارةِ؛ تَحرِّيًا لجَوازها.

ولا كذلك البيعُ؛ لأنه لم يُشرَع للانتِفاع، فالإنسانُ كما يَشتَري الشَّيءَ ليَنتفِعَ به فقد يَشتَريه ليَبيعَه، فلا يَكونُ الْمَقصِدُ منه الانتِفاعُ به لا مَحالةَ، ولهذا جاز بيعُ ما لا يُنتفَعُ به، كالْمُهر ونحوِه، بخِلاف الإجارةِ.

على أنه يُمكِنُ الانتِفاعُ به بأن يَشتريَ الْمُشتَري الطَّريقَ، فلا ضَرورةَ إلى إدخال الطَّريقِ في العَقد، فلا يَدخُلُ.

ولو استَثنى الطَّريقَ: فَسَدت، بخِلاف البيعِ.

ولو استَأجَر عُلْوًا، واستَثنى الطَّريقَ: فَسَدت، بخِلاف البيعِ؛ فإنه لو اشتَرى عُلْوًا لِمَنزِلٍ، واستَثنى الطَّريقَ: صَحّ؛ لأن مُوجَبَ البيعِ مِلكُ الرَّقَبةِ، والانتِفاعُ من ثَمَراته،

(١) في (هـ): لا يتصور.

(٢) في (ب): ولا يجبر. وانظر «المحيط» ٦/ ٣٠٩.

والإجارةُ شُرِعت لتَمليك الْمَنفَعةِ، فتقتَضي تَحقُّقَها، ولا انتِفاعَ بلا طَريقٍ.

ولو استُحِقَّ بِناءُ العُلْوِ، وأُجِيز البيعُ: صحّ، وكلُّ الثَّمَنِ للمُستحِقّ.

ولو استُحِقَّ بِناءُ العُلْوِ، ثم أُجِيز البيعُ: صَحّ؛ لأن القَضاءَ بالاستِحقاق لا يُوجِبُ انفِساخَ البُيوعِ الماضِيةِ في ظاهِرِ الرِّوايةِ.

وكلُّ الثَّمَنِ للمُستحِقّ، ولا شيءَ لصاحِب ساحةِ العُلْوِ من الثَّمَن؛ لأنه يُقابِلُ الْمَبيعَ، والْمَبيعُ هو البِناءُ لا السّاحةُ؛ لأن حقَّه في الهَواء، وهو ليس بعَين مالٍ[1].

وللشُّرب والْمَمَرِّ قِسطٌ من الثَّمَن.

وللشُّرب والممَرِّ قَسطٌ من الثَّمَن، حتى لو باع دارًا مع مَمَرِّه، فاستُحِقَّت الدّارُ دونَ[2] الممَرِّ: يَنقسِمُ الثَّمَنُ على الدّار والممَرِّ، وقد مَرَّ تَقريرُه.

---

(١) في (هـ): ليس بمال معين.

(٢) في (د): مع.

بَابُ الاسْتِحْقَاقِ وَبَيْعِ الفُضُولِيِّ

بابُ الاستِحقاقِ[1]

البيِّنةُ[2] حُجّةٌ[3] مُتعدِّيةٌ[4]، والإقرارُ[5] لا.

البيِّنةُ حُجّةٌ مُتعدِّيةٌ، حتى تَظهَرُ في حقِّ كافّةِ النّاسِ، والإقرارُ لا، حتى يَقتصِرُ على الْمُقِرّ؛ لأن البيِّنةَ تصيرُ حُجّةً بالقَضاء، وللقاضِي وِلايةٌ عامّةٌ، فيَتعدّى إلى الكلّ، أما الإقرارُ: فحُجّةٌ لا تَتوقّفُ على القَضاء، وله وِلايةٌ على نَفسه دونَ غيرِه، فيَقتصِرُ عليه.

(١) الاستحقاق: هو طلب الحق، أي ظهور كون الشيء حقًّا واجبًا للغير، والمستَحَقّ: ما كان حقًّا للغير. «التعريفات الفقهية» ص٢٤.

(٢) البينة: الحجة الظاهرة. «الطلبة» ص١٢٤. والبينة: الحجة، فَيْعَلَةٌ، من البينونة أو البيان. «المغرب» ص٥٧.

(٣) الحجة: ما دُل به على صحة الدعوى، وقيل: الحجة والدليل واحد. «التعريفات» ص٨٣.

(٤) التعدية: هي أن تجعل الفعل لفاعل يصير من كان فاعلاً له قبل التعدية منسوبًا إلى الفعل، كقولك: خرج زيد وأخرجته، فمفعول أخرجت هو الذي صيرته خارجًا.

التعدية: نقل الحكم من الأصل إلى الفرع، بمعنى جالب الحكم. «التعريفات» ص٦٢.

(٥) الإقرار: إظهار الالتزام بما خفي أمره، قاله الحرالي. وقال غيره: لغة: إثبات الشيء، ويكون بالقلب أو اللسان، وشرعًا: إخبار بحقٍّ لآخَرَ عليه. «التوقيف» ص٥٨.

والتَّناقُضُ [١] مَنَع دَعوى [٢] الْمِلكِ، لا الحُرِّيَةِ، والطَّلاقِ، والنَّسَبِ.
والقَضاءُ بِمِلكٍ مُطلَقٍ [٣] على ذِي اليد [٤]: قَضاءٌ عليه وعلى من تَلَقَّى الْمِلكَ منه.
وبالحُرِّيَةِ وفُروعِها: على الكافَّة [٥].

والتَّناقُضُ يَمنَعُ دَعوى الْمِلكِ، دونَ الحُرِّيَةِ، والطَّلاقِ، والنَّسَبِ.

(١) التناقض: اختلاف قضيتين بإيجاب وسلب، بحيث يقتضي لذاته صدق إحداهما وكذب الأخرى، نحو زيد إنسان زيد غير إنسان، وأصله قولهم: تناقَضَ الكلامان إذا تدافعا، كأن كل واحد ينقض الآخر، وفي كلامه تناقض: إذا كان بعضه يقتضي إبطال بعض. «التوقيف» ص١١٠.

(٢) الدَّعوىٰ مؤنثة، وهي فَعلى من الدعاء، قال الله تعالى: ﴿وَءَاخِرُ دَعْوَىٰهُمْ﴾ [يونس: ١٠]، أي دعائهم، وهي إضافة عين عند غيره إلى نفسه، أو دين على غيره لنفسه، أو حق قِبَل إنسان لنفسه.

والفعل منه: ادعى يدعي ادعاءً، فهو مُدَّعٍ، والعين أو الدين: الذي يدعيه، فهو مُدَّعًى، ولا يقال: مدعًى فيه أو به، وإن كان يتكلم به المتفقهة، وذلك الرجل الآخر مُدَّعًى عليه، وهما متداعيان، كما يقال في البيع: هما متبايعان. «الطلبة» ص١٣٤.

(٣) الملك المطلق: هو المجرد عن بيان سبب معين، بأن ادعى أن هذا ملكه ولا يزيد عليه، فإن قال: أنا اشتريته، أو ورثته، فلا يكون دعوى الملك المطلق. «التعريفات» ص٢٢٩.

وأيضًا: الملك المطلق أن يكون مملوكًا رقبةً ويدًا. كذا في «البدائع». «التعريفات الفقهية» ص٢١٦.

ويقابله: الملك بالسبب، وهو: الذي تقيد بأحد أسباب الملك، كالإرث. «التعريفات الفقهية» ص٢١٦.

(٤) ذو اليد: هو الذي وضع يده على عين بالفعل، يعني القابض والمتصرف في الأملاك والأعيان. «التعريفات الفقهية» ص١٠٠.

ويقابله: الخارج، وهو الخارج من التصرف، وذو اليد هو المتصرف في الشيء بحيث ينتفع به من عينه. «التعريفات الفقهية» ص٨٤.

(٥) الكافة: بمعنى الجماعة، قال أبو البقاء: وإضافة كافة إلى ما بعدها خطأ؛ لأنه لا يقع إلا حالاً، وإنما قيل للناس كافة: لأنه ينكف بعضهم إلى بعض، وبالإضافة تصير إضافة الشيء إلى تعينه. «التوقيف» ص٢٧٩.

والقَضاءُ بمِلكٍ مُطلَقٍ على ذي اليدِ قَضاءٌ عليه وعلى من تَلقى الْمِلكَ من جِهَته دونَ غيرِه.

والقَضاءُ بالحُرِّيّة وفُروعِها قَضاءٌ على النّاس كلِّهم؛ لأن الحُرِّيّةَ حقُّ اللهِ تَعالى، حتى لا يَجوزُ استِرقاقُ الحُرِّ برِضاه.

والنّاسُ كلُّهم خُصومٌ في إثبات حُقوقِ اللهِ تَعالى نِيابةً عنه تَعالى وتَقدَّس؛ لكَونِهم عَبيدَه، فكان حُضورُ الواحِدِ كحُضور الكلِّ، والقَضاءُ على الواحِد قَضاءً على الكلّ، كالوَرَثة لَمّا قامُوا مَقامَ الْمُورِّثِ في إثبات حُقوقِه وفي الدَّفع عنه.. قام البعضُ مَقامَ الكلِّ.

بخِلاف الْمِلكِ؛ لأنه حقُّ العبدِ على الخُلوص[1]، فلا يَنتصِبُ الحاضِرُ خصمًا عن الغائِب؛ لعَدَم ما يُوجِبُ انتِصابَه خصمًا، فالقَضاءُ عليه لا يَكونُ قَضاءً على غَيره، إلا أن من تَلقّى الْمِلكَ من جِهَته يَصيرُ مَقضيًّا عليه أيضًا؛ لتَعدِّي أَثَرِ القَضاءِ إليه؛ لاتِّحاد الْمِلكِ.

ومن قُضِي عليه في حادِثةٍ: لم يَصِر مَقضيًّا له فيها.

ومن قُضِي عليه في حادِثةٍ لم يَصِر مَقضيًّا له في تلك الحادِثةِ أبدًا.

مَبيعةٌ وَلَدت، فاستُحِقَّت ببَيِّنةٍ: تَبِعها وَلَدُها، وإن أَقَرَّ بها: لا.

مَبيعةٌ وَلَدت عندَ الْمُشتَري لا باستيلاده، فاستُحِقَّت ببَيِّنةٍ: تَبِعها ولَدُها، أي يَأخُذُها وولَدَها، وإن أَقَرَّ بها لرَجُلٍ لا يَتبَعُها ولَدُها، أي يَأخُذُ الْمُقَرُّ له الأَمةَ ولا يَأخُذُ ولَدَها.

والفرقُ: أن البَيِّنةَ حُجّةٌ مُطلَقةٌ مُبيِّنةٌ كاسْمِها، فيَثبُتُ بها الْمِلكُ من الأَصل، ولهذا يَرجِعُ الْمُشتَري على البائِع بالثَّمَن عندَ الاستِحقاقِ بالبَيِّنة، والوَلَدُ كان مُتَّصِلًا بها يومَئذٍ،

---

(١) في (ب): الخصوص.

فيثبُتُ بها الاستِحقاقُ فيهما.

والإقرارَ حُجّةٌ قاصِرةٌ يَثبُتُ به المِلكُ في المُخبَر به ضَرورةَ صِحّةِ الخبَرِ، وقد اندَفَعت الضَّرورةُ بإثباته بعدَ انفِصالِ الولَدِ، فلا يَظهَرُ الاستِحقاقُ في الوَلَد، فلا يَكونُ له الولَدُ، ولهذا لا[1] يَرجِعُ المُشتَري على البائِع بالثَّمَن عندَ الاستِحقاقِ بالإقرار.

ثم في فَصل البيِّنَةِ يُكتفَى بالقَضاء بالأُمِّ عندَ البعضِ؛ لأنه تابعٌ لها، فيَدخُلُ في الحُكم تَبَعًا، وقيل: يُشترَطُ القَضاءُ بالوَلَد، وإليه أشار محمدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَىٰ فقال: إذا قُضِي بالأَصل للمُستحِقّ، ولم يَعلَم بالزَّوائِد: لم تَدخُل الزَّوائدُ تحتَ القَضاءِ.

وكذا إذا كانت الزَّوائِدُ في يدِ آخرَ، وهو غائِبٌ: لم تَدخُل الزَّوائدُ تحتَ القَضاءِ؛ لانفِصال الزَّوائِدِ عن الأَصل يومَ القَضاءِ، فلم يكن بُدٌّ من القَضاء بها.

(اشتَرِني، فأنا عبدٌ)، فاشتَرى، وهو حُرٌّ، والبائِعُ حاضِرٌ، أو غائبٌ غَيبةً مَعروفةً: لا شيءَ على العَبد، وإلا رَجَع(س) عليه، وهو على البائِع، بخِلاف الرَّهنِ.

عبدٌ لرَجُلٍ قال لِمُشتَريه: (اشتَرِني؛ فأنا عبدٌ)، فاشتَراه، فإذا هو حُرٌّ.. فإن كان البائِعُ حاضِرًا أو غائِبًا غَيبةً مَعروفةً يُدرى مَكانُه: فلا شيءَ على العَبد، وإن كان البائِعُ لم يُدْرَ أين هو: رَجَع المُشتَري على العَبد بالثَّمَن، ورَجَع العبدُ على البائِع به إذا قَدَر عليه.

بخِلاف الرَّهنِ؛ فإنه لو قال العبدُ: (ارتهِنِّي؛ فإنِّي عبدٌ)، فارتَهَنه، فإذا هو حُرٌّ: لا يَرجِعُ المُرتهِنُ على العَبد بدَينه بحالٍ.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه لا يَرجِعُ في المَسألة الأُولى أيضًا بالثَّمَن على العَبد، كما في مَسألة الرَّهنِ؛ لأن ضَمانَ الثَّمَنِ[2] وُجوبُه بالمُبايَعة أو بالكَفالة، ولم يُوجد

(١) سقطت من (ب).

(٢) في (ب): الرهن.

واحِدٌ[1] منهما، وإنما الْمَوجودُ منه الإخبارُ كاذِبًا بكَونه عبدًا، وذا لا يُوجِبُ ضَمانَ الثَّمَنِ، كما لو وُجِد ذلك من الأجنَبِيّ، فإنه لا يَضمَنُ الأجنَبِيُّ، ولو كان سبَبًا للضَّمان لَمَا افترَق الحالُ بينَ حَضرةِ الْمَولى وغَيبتِه غَيبةً مُنقطِعةً.

ولهما: أن العبدَ ضَمِن للمُشتَري سَلامةَ نفسِه، أو سَلامةَ الثَّمَنِ متى تَعذَّر استيفاؤه من البائِع؛ إذ الْمُشتَري إنما رَغِب في شِرائه مُعتمِدًا على أمر العبدِ إيّاه بالشِّراء، وعلى إخباره بأنه عبدٌ، فيُجعَلُ العبدُ ضامِنًا سَلامةَ بدَلِه عندَ عدَمِ سَلامةِ نفسِه؛ نفيًا للغُرور، وقد تَعذَّر الاستيفاءُ من البائِع إذا غاب غَيبةً مُنقطِعةً، فيَرجِعُ الْمُشتَري بالثَّمَن على العَبد بحُكم الضَّمانِ.

كالْمَولى إذا قال لأَهل السُّوقِ: (بايِعوا عبدِي هذا؛ فإنِّي أذِنتُ له في التِّجارة)، فبايَعوه، ولَحِقته دُيونٌ، ثم استُحِقَّ العبدُ: فإن أربابَ الدُّيونِ يَرجِعون على الْمَولى بقِيمته؛ دفعًا للغُرور، وجُعِل كأن الْمَولى ضَمِن لهم سَلامةَ حُقوقِهم من نَفسه عندَ تَعذُّرِ الاستيفاءِ من ماليّة العبدِ.

والبيعُ عقدُ مُعاوَضةٍ تُستحَقُّ به السَّلامةُ، فأمكَن أن يُجعَلَ الأمرُ به ضَمانًا للسَّلامة على ما هو مُوجَبُه؛ نفيًا للغُرور.

ولا كذلك الرَّهنُ؛ لأنه لم يُشرَع مُعاوَضةً، بل شُرِع لِمِلك الحبسِ من غَير عِوَضٍ يُقابِلُه، ويَصيرُ بعاقِبته استيفاءً لعَين حقِّه من غَير عِوَضٍ، فلا يُمكِنُ أن يُجعَلَ الأمرُ به ضَمانًا للسَّلامة، ولهذا يَصِحُّ الرَّهنُ برَأس مالِ السَّلَمِ أو الْمُسلَمِ فيه، وإذا هَلَك يَقَعُ الاستيفاءُ، ولو كان مُعاوَضةً لكان استبدالًا برَأس مالِ السَّلَمِ أو بالْمُسلَم فيه، وهو حَرامٌ.

---

(١) في (ج) و(د): واحدة.

وكذا هذا في بَدَل الصَّرفِ، فلم يكن هذا غُرورًا في عَقد مُعاوَضةٍ، فلا يَنتهِضُ سببًا للضَّمان، ولهذا إذا سَأل رَجُلٌ غيرَه عن أَمن الطَّريقِ، فقال له: (اسلُكْ هذا الطَّريقَ؛ فإنه آمِنٌ)، فسَلكه، فسَلَب اللُّصوصُ أموالَه: لم يُضمَّنِ الْمُخبِرُ بشيءٍ؛ لأنه غُرورٌ فيما ليس بمُعاوَضةٍ، بخِلاف الأجنَبيِّ؛ فإنه لا يُبالِي بإِخباره، فلا يَتحقَّقُ الغُرورُ.

فإن قِيل: قولُه: (فإذا هو حُرٌّ) مُشكِلٌ على قَول أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ؛ لأن ثُبوتَ الحُرِّيَّةِ يَكونُ بالقَضاء، والقَضاءُ بالشَّهادة، ودَعوى العبدِ شرطٌ للشَّهادة القائِمةِ على الحُرِّيَّة عندَه، ولا تُسمَعُ دَعواه؛ لأن التَّناقُضَ يُفسِدُ الدَّعوى، فكيف تَثبُتُ الحُرِّيَّةُ؟!

قُلنا: قد أَجاب عنه بعضُ مَشايخِنا رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ: بأن الوضعَ في حُرِّيَّة الأصلِ، والدَّعوى فيها ليست بشرطٍ عندَه؛ لأنها لا تَخلو عن حُرمة فرجِ الأُمِّ؛ إذ الشُّهودُ يَفتقِرون في شَهادتهم إلى تَعيين الأُمِّ، حتى إذا خَلت عنها كانت الدَّعوى شرطًا.

والتَّناقُضُ إنما يَمنَعُ من حيث إنه يُعدِمُ الدَّعوى، فإذا لم تكن دَعوى العبدِ في حُرِّيَّة الأصلِ شرطًا عندَه فلا عِبرةَ بالتَّناقُض.

والصَّحيحُ: أن دَعوى العبدِ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ شرطٌ في حُرِّيَّة الأصلِ، وفي العِتق العارِضِ، لكن التَّناقُضَ لا يَمنَعُ صِحّةَ الدَّعوى وصِحّةَ الشَّهادةِ، لا في حُرِّيَّة الأصلِ، ولا في العِتق العارِضِ.

أما في حُرِّيَّة الأصلِ: فلخَفاء حالِ العُلوقِ؛ فإن الولَدَ يُجلَبُ من دار الحربِ صَغيرًا، ولا يَعلَمُ بحُرِّيَّة أبيه وأُمِّه، فيُقِرُّ بالرِّقّ، ثم يَعلَمُ بحُرِّيَّة أبيه وأُمِّه، فيَدَّعي الحُرِّيَّةَ، والتَّناقُضُ فيما طَريقُه طَريقُ الخَفاءِ لا يَمنَعُ صِحّةَ الدَّعوى.

وأما في العِتق العارِضِ: فلأن الْمَولى يَنفرِدُ بالإعتاق بلا عِلم العبدِ، فيَجري فيه الخَفاءُ أيضًا، فيُجعَلُ التَّناقُضُ فيه عفوًا، كما لو اختلَعت امرأةٌ، ثم أقامت بيِّنةً على

أنه طَلَّقها ثَلاثًا قبلَ الخُلعِ: فإنها تُسمَعُ وإن تَناقَضت؛ للخَفاء في تَطليقه؛ لاستِبداده به، وكما لو أَقام الْمُكاتَبُ بَيِّنةً على إعتاق سيِّده قبلَ الكِتابةِ: فإنها تُقبَلُ؛ لاستِبداد سيِّده بالتَّحرير.

ادَّعى حقًّا في دارٍ، فصُولِح على مِائةٍ، فاستُحِقَّ بعضُها: لم يَرجِع بشيءٍ، ولو ادَّعى كلَّها: رَجَع بقِسطه.

ومن ادَّعى حقًّا في دارٍ، أي حقًّا مَجهولًا، فأنكَر الْمُدَّعى عليه ذلك، فصُولِح منه على مِائة دِرهَمٍ يَأخُذُها الْمُدَّعي، فاستُحِقَّ بعضُها: لم يَرجِع على الْمُدَّعي بشيءٍ؛ لوُضوحِ التَّوفيقِ؛ فللمُدَّعي أن يَقولَ: (عَنَيتُ بدَعواي هذا الباقيَ)، فلا يَثبُتُ حقُّ الرُّجوعِ بالشَّكِّ.

ولو ادَّعى كلَّها، فصالَحه على مِائة دِرهَمٍ، فاستُحِقَّ منها شيءٌ: رَجَع بحِصّة ما استُحِقَّ من الْمِائة؛ إذ التَّوفيقُ غيرُ مُمكِنٍ؛ لأن الصُّلحَ وَقَع عن كلِّ الدّارِ على مِائةٍ، فلا بُدَّ من نَقضِ الصُّلحِ بقَدْر ما استُحِقّ، فيَرجِعُ على الْمُدَّعي ببَدَله عندَ فَواتِ سَلامةِ الْمُبدَلِ.

وهذه الْمَسألةُ[1] تَدُلُّ على أن الصُّلحَ عن الْمَجهول على مَعلومٍ صَحيحٌ؛ لأن الجَهالةَ في السّاقِط لا تُفضِي إلى النِّزاع.

وعلى أن صِحّةَ الدَّعوى ليست بشرطٍ لصِحّة الصُّلحِ؛ لأن دَعوى الحقِّ في الدّار ليست بصَحيحةٍ؛ لجَهالة الْمُدَّعى.

ولو أَقام البَيِّنةَ عليه: لا تُقبَلُ بَيِّنتُه، إلا إذا ادَّعى إقرارَ الْمُدَّعى عليه بالحقّ، فحينَئذٍ تَصِحُّ الدَّعوى، وتُقبَلُ البَيِّنةُ.

---

(١) في (هـ): المسائل الثلاث.

اشتَرى أمةً، فقَبَضها، فادَّعى أنها حُرّةُ الأصلِ، أو مِلكُ فُلانٍ، أو مُعتَقتُه، أو مُدبَّرتُه، أو أُمُّ وَلَدِه، وصَدَّقه فُلانٌ، أو حُلِّف الْمُشتَري، فنكَل: لا يَرجِعُ بالثَّمَن على البائِع.

اشتَرى أمةً وقَبَضها، فادَّعى أنها حُرّةُ الأصلِ، أو مِلكُ فُلانٍ، أو مُعتَقتُه، أو مُدبَّرتُه، أو أُمُّ ولَدِه، وصَدَّقه فُلانٌ، أو حَلَّف الْمُشتَرِيَ، فنكَل: لا يَرجِعُ بالثَّمَن على البائِع؛ لأن الإقرارَ حُجّةٌ في حقِّه دونَ غيرِه.

والنُّكولُ من الْمُختار بمَنزِلة الإقرارِ، وهو مُختارٌ في النُّكول؛ لامتِناعه عن الحَلِف مع وُجودِ الْمُطلِقِ له -وهو الْمِلكُ الظّاهرُ- بِناءً على سَبَبه، وهو الشِّراء، فكان كالإقرار.

بخِلاف الوَكيلِ بالبَيع إذا رُدَّ عليه الْمَبيعُ بعَيبٍ بنُكوله؛ حيث يَلزَمُ الْمُوكِّلَ؛ لأن النُّكولَ من الْمُضطَرّ بمَنزِلة البيِّنةِ، وهو مُضطَرٌّ في النُّكول؛ إذ لا يَعلَمُ بعَيبه أو سَلامتِه عن العَيب، فكان نُكولُه كالبيِّنة.

وإن بَرهَن على مِلك الْمُستحِقِّ: لا يُقبَلُ، وعلى إقراره، أو حُرِّيّةِ الأصلِ، ومِلكِ فُلانٍ، وهو أعتَق، أو دَبَّر، أو استَولَد، قبلَ شِرائِه: قُبِل، ورَجَع، بخِلاف الوقفِ.

وإن بَرهَن الْمُشتَري على أنه مِلكُ الْمُستحِقِّ لا يُقبَلُ؛ لتَناقُضه في الدَّعوى؛ لأن إقدامَه على الشِّراء إقرارٌ منه بمِلك البائعِ، فإذا ادَّعى لغَيره كان تَناقُضًا، والتَّناقُضُ يَمنَعُ دَعوى الْمِلكِ.

ولو بَرهَن على إقرار البائعِ أنها مِلكُ الْمُستحِقِّ يُقبَلُ؛ لأنه غيرُ مُتناقِضٍ.

ولو بَرهَن الْمُشتَري على أنها حُرّةُ الأصلِ، وهي[1] تَدَّعي، أو بَرهَن على أنها مِلكُ فُلانٍ، وهو أعتَقها، أو دبَّرها، أو استَولَدها.. قبلَ شِرائِه: تُقبَلُ، ويَرجِعُ بالثَّمَن على البائِع؛ لأن التَّناقُضَ في دَعوى الحُرِّيّةِ وفُروعِها لا يَمنَعُ صِحّةَ الدَّعوى، وتَبيَّن أن ما

(١) في (هـ): وهو.

قَبضه البائِعُ ثمَنُ الحُرِّ، أو الْمُدبَّرِ، أو أُمِّ الولَدِ، فيَجِبُ عليه ردُّه.

ولو باع عَقارًا، ثم بَرْهَن أنه باع ما هو وقفٌ: لا يُقبَلُ؛ لأن مُجرَّدَ الوقفِ لا يُزيلُ الْمِلكَ، بخِلاف الإعتاقِ، حتى لو بَرْهَن أنه وقفٌ مَحكومٌ بلُزومه يُقبَلُ.

اشتَرى أمةً، فباع، ثم باع الثّاني، وسَلَّم، فاستُحِقَّت بقَضاءٍ: فهو قَضاءٌ على الكلِّ، فيَرجِعُ كلٌّ لو رَجَع عليه، ولم يُعِد البيِّنةَ[1].

اشتَرى أمةً وقَبَضها، فباعها من آخرَ، وقَبَضها الْمُشتَري الثّانِي، ثم باع من آخرَ، وسَلَّم، فاستُحِقَّت بقَضاءٍ: فهو قَضاءٌ على الكلّ، ورَجَع كلٌّ لو رُجِع عليه بالثَّمَن لا قبلَ الرُّجوعِ عليه؛ كيلا يَجتمِعُ ثَمَنان في مِلكٍ واحِدٍ؛ لأن بدَلَ الْمُستحَقِّ مَملوكٌ، ولا يُعيدُ[2] البيِّنةَ.

فلو ادَّعى أحَدُهم أنها مِلكُه: لا تُسمَعُ.

فلو ادَّعى أحَدُهم أنها مِلكُه: لا تُسمَعُ؛ لأن الكلَّ صاروا مَقضيًّا عليهم بالقَضاء على الْمُشتَري الآخِرِ.

ولو ادَّعَت أنها حُرّةٌ، أو مُعتَقةُ[3] فُلانٍ، وبَرْهَنت: قُبِل، ورَجَع كلٌّ قبلَ الرُّجوعِ عليه.

ولو ادَّعت أنها حُرّةُ الأصلِ، أو مُعتَقةُ فُلانٍ، أو مُدبَّرتُه، أو أُمُّ ولَدِه، وبَرْهَنت: تُقبَلُ، ورَجَع كلٌّ قبلَ الرُّجوعِ عليه؛ لأن بدَلَ الحُرِّ ليس بمَملوكٍ، فلا يَجتمِعُ ثَمَنان في مِلكٍ واحِدٍ.

ولو بَرْهَن رَجُلٌ أنها أمتُه أعتَقها بعدَ شِراءِ الْمُشتَري الآخِرِ: لا يَرجِعُ بعضُهم على

(١) في (ع): عليه بعد البينة.

(٢) في (ج): لا تقبل.

(٣) في (ع): أمة.

بعضٍ؛ لأنه ليس من ضَرورة ثُبوتِ العَتقِ بعدَ الشَّراءِ بُطلانُ الأشرِيَةِ قبلَه.

بخِلاف ما إذا أثبَت الْمُدَّعي العَتقَ قبلَ الأشرِيَةِ؛ لأن ثُبوتَ العَتقِ قبلَ الأشرِيَةِ يُوجِبُ بُطلانَ الأشرِيَةِ.

وكذا إذا ادَّعى الإعتاقَ مُطلَقًا؛ لأنهما إذا لم يُؤرَّخا جُعِلا معًا، فكان القَضاءُ بالْمِلك الْمُؤكَّدِ بالعَتق أحَقَّ، فتَبطُلُ الأشرِيَةُ ضَرورةً، ويَتراجَعون بالثَّمن.

أمةٌ في يَد ذَرٍّ[١]، فقال بَكرٌ لعُمَرَ: (كانَت لي، بِعتُها منك، وسَلَّمتُها، ولم تَنقُد الثَّمَنَ، وغَصَبها منك ذَرٌّ)، وصَدَّقه: أُمِر بنَقد الثَّمنِ.

أمةٌ في يد ذَرٍّ، فقال بكرٌ لعمرٍو: (كانت الأمةُ التي في يَد ذرٍّ لي، بِعتُها منك، وسَلَّمتُها إليك، ولم تَنقُد الثَّمَنَ، ولكن غَصَبها منك ذرٌّ، فسَلِّم الثَّمَنَ إليّ)، وصَدَّقه عمرٌو: أُمِر بنَقد الثَّمَنِ؛ لتَصادُقهما على البَيع والتَّسليمِ.

ولو استُحِقَّت من ذَرٍّ ببيِّنة الْمِلكِ أو النِّتاجِ: لا يَرجِعُ[٢] عُمَرُ على بَكرٍ.

وإذا استُحِقَّت من ذرٍّ ببيِّنة الْمِلكِ الْمُطلَقِ أو النِّتاجِ، وقُضِي له بها: لا يَرجِعُ عمرٌو على بكرٍ بالثَّمَن؛ لأنه ما ثَبَت تَلَقِّي ذرٍّ الْمِلكَ من جِهة عمرٍو، فلم يَصِر عمرٌو مَقضيًّا عليه بالقَضاء على ذرٍّ، فلا يَرجِعُ.

ولو بَرْهَن عُمَرُ على الْمُستحِقِّ أنها أمتُه: قُبِل، إلا إذا أعاد الْمُستحِقُّ البيِّنةَ على النِّتاج.

ولو بَرْهَن عمرٌو على الْمُستحِقِّ بأنها أمتُه تُقبَلُ، ثم لو بَرْهَن الْمُستحِقُّ أنها مِلكُه قبلَ القَضاءِ لعمرٍو يُقضى لعمرٍو؛ لأنه خارِجٌ، والْمُستحِقُّ ذو اليدِ، وبيِّنةُ الخارِجِ أحَقُّ[٣].

---

(١) اسم علم.

(٢) في (ع): النتاج رجع.

(٣) في (هـ): أولى.

إلا إذا بَرْهَن الْمُستحِقُّ على النِّتاج، فحينَئذٍ يُقضى له، سَواءٌ بَرْهَن الخارجُ على النِّتاج أو على الْمِلك الْمُطلَقِ؛ لأن بَينةَ النِّتاجِ أقوى من بَيِّنة الْمِلكِ الْمُطلَقِ؛ لأنها تُثبِتُ أوَّلِيّةَ الْمِلكِ.

وإن قامتا على النِّتاج فتَرجَّحُ بَيِّنةُ ذي اليدِ باليَد.

فلو قال ذرٌّ: (اشتَريتُها من عُمَرَ)، وصَدَّقه، فاستُحِقَّت: رَجَع ذرٌّ على عُمَرَ، ثُم عُمَرُ على بَكرٍ.

فلو قال ذرٌّ: اشتَريتُها من عمرٍو، وصَدَّقه عمرٌو، وذلك قبلَ الاستِحقاقِ، فاستُحِقَّت من يَد ذرٍّ: صار عمرٌو مَقضيًّا عليه بالقَضاء على ذرٍّ، فيَرجِعُ ذرٌّ على عمرٍو، ثم يَرجِعُ عمرٌو على بكرٍ؛ لثُبوت تَلَقِّي ذرٍّ الْمِلكَ من عمرٍو بتَصادُقهما في حالٍ يَملِكان إنشاءَ البيعِ، فانتَفت التُّهمةُ عن تَصادُقهما، وصار كالبَيِّنة.

ولو تَصادَقا بعدَ الاستِحقاقِ، أو ادَّعى الشِّراءَ منه قبلَه، وصَدَّقه بعدَه: رَجَع ذرٌّ على عُمَرَ، لا عُمَرُ على بَكرٍ.

ولو تَصادَقا بعدَ الاستِحقاقِ يُعتبَرُ تَصادُقُهما في حقِّهما، فيَرجِعُ ذرٌّ على عمرٍو بالثَّمَن، ولا يَرجِعُ عمرٌو على بكرٍ؛ إذ لا يُعتبَرُ تَصادُقُهما في حقِّ بكرٍ.

وكذا لو ادَّعى ذرٌّ الشِّراءَ من عمرٍو قبلَ الاستِحقاقِ، وصَدَّقه عمرٌو بعدَ الاستِحقاقِ: فهو كما لو تَصادَقا بعدَ الاستِحقاقِ، فلا يَرجِعُ عمرٌو على بكرٍ.

والهِبةُ أو الصَّدَقةُ مع القبضِ: كالشِّراء.

والهِبةُ أو الصَّدَقةُ مع القبضِ: كالشِّراء، أي لو تَصادَقا أن الأمةَ وَصَلت إلى يَد ذرٍّ من عمرٍو بالهِبة أو الصَّدَقةِ مع القبضِ: فهو كما ذَكَرنا.

ولو بَرْهَن عُمَرُ على البيع، أو الهِبةِ، أو التَّصادُق قبلَ الاستِحقاقِ: قُبِل، ورَجَع على بَكرٍ.

ولو بَرْهَن عمرٌو على بكرٍ أن عَمْرًا باعها أو وَهَبها من ذرٍّ ليَرجِعَ على بكرٍ، أو بَرْهَن عمرٌو على أنهما تَصادَقا قبلَ الاستِحقاقِ: يُقبَلُ، ويَرجِعُ بالثَّمَن على بكرٍ؛ لأن عَمْرًا صار خصمًا عن ذرٍّ في إثبات البيعِ؛ لأنه سببُ حقِّه، وهو الرُّجوعُ[1]، وبكرٌ خصمٌ في إنكاره، فيُقبَلُ.

ولو بَرْهَنت على ذَرٍّ بالحُرِّية، أو التَّحريرِ، أو الاستِيلادِ[2]، أو الكِتابةِ، وأدَّت البَدَلَ: رَجَع عُمَرُ على بَكرٍ.

فإن لم يَستحِقَّ الأمةَ أحدٌ، ولكنها بَرْهَنت على ذرٍّ بالحُرِّيّة الأصلِيّةِ، أو التَّحريرِ، أو الاستِيلادِ، أو الكِتابةِ وأداءِ البدَلِ: رَجَع عمرٌو على بكرٍ؛ لأن القَضاءَ بالحُرِّيّة وفُروعِها قَضاءٌ على النّاس كافّةً، والكِتابةُ عندَ الأداءِ تَصيرُ إعتاقًا.

ولو بَرْهَن عُمَرُ على أنها أمتُه: لا تُقبَلُ، وقبلَ أداءِ البَدَلِ: قُبِل، ولا يَرجِعُ.

ولو بَرْهَن عمرٌو على أنها أمتُه: لا تُقبَلُ؛ لأنه صار مَقضيًّا عليه، وقبلَ أداءِ البدَلِ تُقبَلُ بيِّنةُ عمرٍو على المِلك، ولا يَرجِعُ عمرٌو على بكرٍ؛ لأن الكِتابةَ تَقبَلُ الفسخَ.

ولو بَرْهَنت أن ذَرًّا مَلَكها وحَرَّرها، أو دَبَّر، أو استَولَد مُذ حولٍ، وتاريخُ شِراءِ عُمَرَ مِثلُه أو أقلُّ: رَجَع، وإلا لا، وتَسلَّمُ له لو بَرْهَن.

ولو بَرْهَنت أن ذرًّا مَلَكها وحَرَّرها، أو دَبَّرها، أو استَولَدها.. مُنذُ حولٍ، وتاريخُ شِراءِ عمرٍو مِثلُه أو أقلُّ: رَجَع عمرٌو بالثَّمن على بكرٍ.

---

(١) في (هـ): وهو مدع.

(٢) في (ف): أو التحرير أو التدبير أو الاستيلاد.

وإن كان تَاريخُ شِرائِه أكثَرَ من حولٍ: لا يَرجِعُ؛ لأنه ليس من ضَرورة ثُبوتِ الْمِلكِ الْمُؤكَّدِ بالعَتق لذرٍّ مُنذُ حولٍ بُطلانُ شِراءِ عمرٍو قبلَه، بل من ضَرورة شِراءِ عمرٍو قبلَه بُطلانُ عَتقِ ذرٍّ بعدَه، حتى لو بَرْهَن عمرٌو على الشِّراء من بكرٍ مُنذُ أكثَرَ من الحَول: سَلِمت له، وظَهَر بُطلانُ عَتقِ ذرٍّ ومِلكِه.

باع أمةً، ولم يَقبِض، فادَّعاها رَجُلٌ: لا يُسمَعُ حتى يَحضُرَ الْمُشتَري والبائِعُ.

باع أمةً، ولم يَقبِضها الْمُشتَري، فجاء رَجُلٌ وادَّعاها: لا تُسمَعُ دَعواه حتى يَحضُرَ الْمُشتَري والبائِعُ؛ لأن الْمِلكَ للمُشتَري، واليدَ للبائِع، والْمُدَّعي يَدَّعيهما، فكان قَضاءً عليهما، فشُرِط حُضورُهما.

فلو قُضِي له، فبَرْهَن أحَدُهما أنه باعَها من البائِع، ثم هو من[1] الْمُشتَري: قُبِل، ولَزِم البيعُ، وكذا لو بَرْهَن البائِعُ بعدَ فسخِ الْمُشتَري بالقَضاء، وتَبقى له.

فإن بَرْهَن بحَضرتهما، وقُضِي له بها، فبَرْهَن البائِعُ أو الْمُشتَري أن الْمُستحِقَّ باعها من البائِع، ثم هو باعها من الْمُشتَري: قُبِل، ولَزِم البيعُ؛ لأنه يُقرِّرُ القَضاءَ الأوَّلَ ولا يَنقُضُه.

فلو لم يُبرهِنا، وطَلَب الْمُشتَري من القاضِي[2] فسْخَ البيعِ لعَجزه عن التَّسليم، وفَسَخ القاضِي، ثم بَرْهَن البائِعُ أن الْمُستحِقَّ باعها منه وأخَذها: تَبقى له، وليس له أن يُلزِمَها على الْمُشتَري؛ لنُفوذ القَضاءِ بالفَسخ ظاهِرًا وباطِنًا بسبَبٍ صَحيحٍ، وهو العجزُ عن التَّسليم، فلا يَعودُ البيعُ الْمُنتقِضُ بحُدوث[3] القُدرةِ على التَّسليم.

---

(١) في (ن): هو باعها من، وفي (ف): ثم برهن المشتري.

(٢) في (ج): البائع.

(٣) في (د): بخلاف.

ولو قَبَض، فادَّعى: شُرِط حَضرتُه فقط.

ولو كان الْمُشتَري قَبَض الأمةَ من البائِع، ثم ادَّعاها رَجُلٌ: شُرِط حَضرةُ الْمُشتَري فقط؛ لأن الْمِلكَ واليدَ له.

ولو قُضِي له، فبَرْهَن البائِعُ على بَيع الْمُدَّعي منه بعدَ الفسخِ: تَبقى له(س م).

ولو قُضِي للمُستحِقّ، فبَرْهَن البائِعُ على بَيع الْمُدَّعي منه بعدَ الفسخِ: تَبقى الأمةُ له عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ، وليس له أن يُلزِمَها على الْمُشتَري؛ لنُفوذ الفسخِ ظاهِرًا وباطِنًا عندَه.

كما لو تَفاسَخا، أو طَلَب الثَّمَنَ، فسَلَّمه، أو ضَمِنه، واستَردَّها من الْمُستحِقّ.

كما لو تَفاسَخا، أو طَلَب الْمُشتَري منه الثَّمَنَ، فسَلَّمه، أو ضَمِن له الثَّمَنَ إذا هَلَك عندَه، واستَرَدَّ البائِعُ الأمةَ من الْمُستحِقّ ببَيِّنةٍ: فإنها تَبقى له، وليس له أن يُلزِمَها على الْمُشتَري؛ لنُفوذ الفسخِ ظاهِرًا وباطِنًا بتَراضِيهما.

ولو باعَها بعدَ القبضِ، وسَلَّم، فاستُحِقَّت، فبَرْهَن الثّاني على البَيع من بائِع بائعِه: قُبِل.

ولو باعها بعدَ القبضِ، وسَلَّم، فاستُحِقَّت، فبَرْهَن الْمُشتَري الثّانِي على البَيع من بائِع بائعِه: تُقبَلُ؛ لأنه خصمٌ.

ولو بَرْهَن البائِعُ الأوَّلُ على أمرِ الْمُستحِقّ بالبَيع، وهَلَك الثَّمَنُ في يَده: قُبِل، وإن استَهلَكه أو رَدَّه: لا.

ولو بَرْهَن البائِعُ الأوَّلُ أن الْمُستحِقَّ أمَره ببَيع هذه الأمةِ، وهَلَك الثَّمَنُ في يَده: يُقبَلُ، وإن استَهلَكه أو رَدَّه: لا.

فهي ثَلاثةُ أوجُهٍ؛ لأنه إما إن دَفَع إلى الْمُشتَري حينَ رَجَع عليه عَينَ ما قَبَض منه،

أو استهلَكَ ما قَبَض وضَمِن مِثلَه، أو هَلَكَ الْمَقبوضُ في يَده بلا صُنعه، وضَمِن مِثلَه.

ففي الوَجه الثّالثِ: تُقبَلُ بيِّنتُه؛ لأنه يُثبِتُ لنَفسه حقًّا؛ إذ يُثبِتُ أن الثَّمَنَ هَلَكَ أمانةً في يَده؛ لكَونه وَكيلًا بالبَيع، وما أَخَذه الْمُشتَري من الضَّمان أَخَذه بغَير حقٍّ، فله أن يَستَرِدَّ إن دَفَع إليه، فتُقبَلُ لهذه الفائِدةِ.

وفي الوَجه الأوَّلِ والثّاني: لا تُقبَلُ بيِّنتُه؛ إذ لا فائِدةَ له فيه؛ لأنه لا يُثبِتُ لنَفسه حقًّا، بل يُثبِتُ الْمِلكَ في الأَمة للمُشتَري، والْمِلكَ في الثَّمَن للمُستحِقّ، وقد انفَسَخ البيعُ فيما بينَ الْمُستحِقِّ والْمُشتَري بجُحود الْمُستحِقِّ الأمرَ، ورُجوعِ[1] الْمُشتَري بالثَّمَن على بائِعه.

باع الرّاهنُ الرَّهنَ، وسَلَّمه بلا عِلم الْمُرتهِنِ، فاستَرَدَّ ببيِّنةٍ، وطَلَب الْمُشتَري من القاضِي الفسخَ، ففَسَخ، فقُضِي الدَّينُ: لم يَعُد البيعُ.

باع الرّاهنُ الرَّهنَ، وسَلَّمه إلى الْمُشتَري بلا عِلم الْمُرتهِنِ، فاستَرَدَّ الْمُرتهِنُ الرَّهنَ ببيِّنةٍ أَقامها أنه رهنٌ عندَه، وطَلَب الْمُشتَري من القاضِي الفسخَ، ففَسَخ لعَجزه عن تَسليمه، ثم قَضى الرّاهنُ الدَّينَ، وأَخَذ الرَّهنَ من الْمُرتهِن: لم يَعُد البيعُ؛ لأن القَضاءَ بالفَسخ بِناءً على سبَبٍ صَحيحٍ، فنَفَذ ظاهِرًا وباطِنًا.

وكذا لو فَسَخ، فبَرْهَن على القَضاء قبلَه.

وكذا لو فَسَخ فبَرْهَن على قَضاء الدَّينِ قبلَ البيعِ، عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لنُفوذ القَضاءِ بالفَسخ ظاهِرًا وباطِنًا عندَه، خِلافًا لهما.

الشِّراءُ، والاستِيامُ، والاستِيهابُ، ونحوُها من أَسباب الْمِلكِ: إقرارٌ بعَدَم مِلكِه،

---

(١) في (ب) و(هـ): ورجع.

ولا تُسمَعُ الدَّعوى إلا بتَاريخٍ مُتأخِّرٍ.

ومتى أقَرَّ في ضِمن شيءٍ: بَطَل ببُطلانه.

الشَّراءُ، والاستِيامُ، والاستِيهابُ، ونحوُها من أَسباب الْمِلكِ: إقرارٌ بعَدَم مِلكِه فيه، ولا تُسمَعُ الدَّعوى منه بعدَه إلا بتَاريخٍ مُتأخِّرٍ؛ لكَونه مُتناقِضًا.

ومتى أقَرَّ في ضِمن شيءٍ بَطَل ببُطلان الْمُتضمِّنِ.

اشتَرى ثَوبًا، أو ساوَمه، أو استَوهَبه، ثم ادَّعى أنه مَلَكه قبلَه، أو مِلكُ أَبيه، فمات، ووَرِثه، أو وَهَبه له[1]: لا تُسمَعُ، إلا إذا صَرَّح بمِلك أَبيه عندَ الْمُساوَمةِ.

اشتَرى ثَوبًا، أو ساوَمه، أو استَوهَبه، ثم ادَّعى أنه مِلكُه قبلَ الشِّراءِ، وقبلَ الْمُساوَمةِ، وقبلَ الاستِيهابِ، أو ادَّعى أنه كان مِلكَ أَبيه يومَ الْمُساوَمةِ، فمات وتَركه مِيراثًا له، أو وَهَبه له: لا تُسمَعُ دَعواه؛ للتَّناقُض، إلا إذا صَرَّح بمِلك أَبيه عندَ الْمُساوَمةِ، بأن أثبَت أنه قال عندَ الْمُساوَمةِ: (إنَّ هذا الثَّوبَ لأَبِي وَكَّلك ببَيعه، فبِعْه منِّي)، فلم يَتَّفِق بينَهما بيعٌ، ثم ادَّعى الإرثَ من أَبيه: تُقبَلُ؛ لعَدَم التَّناقُضِ.

وكذا لو قال عندَ الدَّعوى: (كان لأَبِيه وَكَّله ببَيعه، فاشتَريتُه، ثم مات وتَرَك ثَمَنَه مِيراثًا لي): تُسمَعُ، ويُقضى له بالثَّمَن؛ لأنه ليس بمُتناقِضٍ.

وسُمِع دَعوى الإرثِ من أَخِيه، وقُضِي له بحِصّته.

وتُسمَعُ دَعوى الإرثِ من أَخِيه[2]، وقُضِي له بحِصّته، حتى لو اشتَراه، ثم ادَّعى مع أَخِيه أنه كان لأَبِيهما، مات وتَرَك مِيراثًا لهما: لا تُسمَعُ دَعوى الْمُشتَري في نَصيبه؛

(١) في (م) و(ف): منه.

(٢) في (ب): أبيه.

للتَّناقُض، وتُسمَعُ دَعوى أخِيه[1] في نَصيبِه؛ لعَدَم التَّناقُضِ.

اشتَراه، أو ساوَمه، فاستَحقَّه أبُوه، ورَجَع بالثَّمَن، فورِثه: لم يَعُد البيعُ، وسَلِم له، إلا إذا أقَرَّ بصَريح مِلك البائِع.

ولو اشتَراه، أو ساوَمه، فاستَحَقَّه أبُوه، وقد قَبَضه، أو لم يَقبِضه، ورَجَع الْمُشتَري بالثَّمَن على بائِعه، ثم مات الأبُ[2]، فورِثه: لم يَعُد البيعُ؛ لانتِقاض البيعِ بينَهما برُجوعه بالثَّمَن، وسَلِم له الثَّوبُ بحُكم الإرثِ، ولا يُؤمَرُ بدَفعه إلى البائِع، وإن صار مُقِرًّا بالإقدام على الشِّراء على أنه مِلكُ البائِع.

ومن أقَرَّ بعَينٍ لإنسانٍ، ثم مَلَكه: يُؤمَرُ بدَفعه إلى الْمُقَرِّ له؛ لأن الإقرارَ لم يُوجَد صَريحًا، وإنما ثَبَت في ضِمن الشِّراءِ، فبَطَل ببُطلان الشِّراءِ، إلا إذا أقَرَّ صَريحًا عندَ الشِّراءِ أو عندَ الْمُساوَمةِ أنه مِلكُ البائِع، ثم وَصَل إليه الثَّوبُ من أبِيه بالإرث، فيُؤمَرُ بتَسليمه إلى البائِع.

شَهِدا أنَّ ذا اليدِ باعَه من فُلانٍ، فادَّعاه أحَدُهما مِلكًا، أو إرثًا: لا تُسمَعُ.

شَهِدا أن ذا اليدِ باعه من فُلانٍ، وفُلانٌ يَدَّعيه، وقُضِي به أو لم يُقضَ، ثم ادَّعاه أحَدُهما مِلكًا أو إرثًا: لا تُسمَعُ؛ للتَّناقُض؛ لأنه بالدَّعوى يَزعُمُ أن شَهادتَه كانت باطِلةً.

وإن قال عندَ الشَّهادةِ: (هو لي)، أو (لأبِي، وقد باعَه): تُسمَعُ، وبطَلَ البيعُ إن بَرْهَن عليه.

وإن قال عندَ الشَّهادةِ: (هو لي)، أو (لأبي)، وقد باعه هذا الذي في يَده: تُسمَعُ، وبَطَل البيعُ إن بَرْهَن عليه؛ لعَدَم التَّناقُضِ.

---

(١) في (ج) و(د) و(هـ): صاحبه.

(٢) في (ج): الابن.

ومِثلُه: الشَّهادةُ بمَهره، أو هِبتِه أو صَدَقتِه مع القبضِ.

ومِثلُه: الشَّهادةُ بمَهره، أو هِبتِه أو صَدَقتِه مع القبضِ.

ولو قال: (باعَه) بلا شَهادةٍ، فادَّعى: تُسمَعُ، وسَلِم له إن قُضِي له.

ولو قال: (باعه ذو اليدِ من فُلانٍ)، ولم يَتلَّفظ بلَفظ الشَّهادةِ، فادَّعى لنَفسه: تُسمَعُ؛ لأنه مُجرَّدُ إخبارٍ عن بَيع الفُضوليِّ، فلا يُلزِمُ شيئًا، وسَلِم له إن قُضِي له.

شَهِد بشِراء دارٍ، أو إجارةٍ، فادَّعى أنها كانَت له، أو لأبِيه، وقد وَكَّله، وبَرْهَن على إقرار البائعِ أو الْمُؤْجِرِ[1] بالتَّوكيل: قُبِل..

شَهِد بشِراء دارٍ أو إجارةٍ، فادَّعى أنها كانت له أو لأبِيه، وقد وَكَّله ببَيعها أو بإجارتها، وبَرْهَن على إقرار البائعِ أو الْمُؤْجِرِ بالتَّوكيل بالبَيع أو بالإجارة: تُقبَلُ؛ لأن بهذه الدَّعوى لا يَزعُمُ أنه شَهِد ببيعٍ باطِلٍ أو بإجارةٍ باطِلةٍ، فلم يكن مُتناقِضًا.

والشِّراءُ أو الإجارةُ ماضٍ إن ادَّعى الْمُشتَري والْمُستأجِرُ، والأُجرةُ والثَّمنُ له، وإن جَحَدا لا.

والشِّراءُ أو الإجارةُ ماضٍ إن ادَّعى الْمُشتَري أو الْمُستأجِرُ البيعَ أو الإجارةَ، والثَّمَنُ والأُجرةُ له، وإن جَحَد الإجارةَ أو الشِّراءَ: لا يَصِحُّ؛ لأنه ظَهَر أنه شَهادةٌ لنَفسه.

وَكيلٌ بالخُصومة[2] في عبدٍ.. خاصَم، فبَرْهَن الْمُدَّعىٰ عليه أنه ساوَمه عندَ القاضِي: بَطَلت خُصومةُ الوَكيلِ[3] والْمُوكِّلِ، وفي غَيره: خُصومتُه فقط.

---

(١) في (م) و(ف): والمؤجر.

(٢) الخصومة مصدر خصم: النزاع، ادعاء طرف حقًّا وإنكار الطرف الآخر عليه هذا الحق. «لغة الفقهاء» ص١٩٦.

(٣) في (م) و(ف): قبل القضاء بطلت الخصومة للوكيل.

الوَكيلُ بالخُصومة في عبدٍ إذا ادَّعى العبدَ، فبَرْهَن الْمُدَّعى عليه أنه ساوَمه منه عندَ القاضِي: بَطَلت خُصومةُ الوَكيلِ والْمُوكِّلِ؛ لأنه ثَبَت إقرارُ الوَكيلِ دَلالةً في مَجلِس القَضاءِ أن العبدَ مِلكُ الْمُدَّعى عليه، فبَطَلت خُصومتُه وخُصومةُ الْمُوكِّلِ؛ لأن إقرارَ الوَكيلِ بالخُصومة في مَجلِس القَضاءِ يَنفُذُ على الْمُوكِّل.

ولو أثبَت بالبيِّنة أنه ساوَمه منه في غَير مَجلِسِ القَضاءِ: بَطَلت خُصومةُ الوَكيلِ فقط؛ لِما عُرِف.

ولو وَصَل إلى الوَكيل: لا يُؤمَرُ بالدَّفع إليه.

ولو وَصَل العبدُ إلى الوَكيل يومًا: لا يُؤمَرُ بدَفعه إلى الْمُدَّعى عليه؛ لأن الإقرارَ دَلالةٌ تَصلُحُ للدَّفع لا للاستِحقاق عليه.

وكذا لو استَوهَبه، أو استَعاره، أو استَودَعه.

وكذا لو بَرْهَن الْمُدَّعى عليه أن الوَكيلَ استَوهَبه، أو استَعاره، أو استَودَعه منه: فالجَوابُ ما مَرّ.

ولو استَثنى إقرارَه: صحَّ في حقِّه فقط.

ولو وَكَّله بالخُصومة، واستَثنى إقرارَه، ثم ثَبَت مُساوَمتُه في مَجلِس القَضاءِ: صَحَّ في حقِّه فقط، حتى بَطَلت خُصومتُه دونَ الْمُوكِّلِ؛ لأنه لَمَّا استَثنى الإقرارَ لا يَنفُذُ إقرارُه على الْمُوكِّل.

وُكِّلا بخُصومة عَينٍ[1]، واستَثنى إقرارَهما، وادَّعى رَجُلٌ أنه اشتَراها[2] من ذي

---

(١) في (ع): عبد.

(٢) أي العين. وفي (ع): اشتراه.

اليدِ، فشَهِدا له: لَغَت خُصومتُهما فقط، ولو لم يَستثنِ: لَغَت خُصومتُه أيضًا.

وُكِّلا بالخُصومة في عَينٍ، واستَثنى إقرارَهما، وادَّعى رَجُلٌ أنه اشتَراها من ذي اليدِ، فشَهِدا له: بَطَلَت خُصومتُهما؛ لأنهما بالشَّهادة أقَرّا أن العَينَ للمُدَّعى عليه، دونَ خُصومةِ الْمُوكِّلِ؛ لأن إقرارَ الوَكيلِ لم يَنفُذ؛ للاستِثناء.

ولو لم يَستثنِ الإقرارَ، والْمَسألةُ بحالها: بَطَلَت خُصومةُ الْمُوكِّلِ أيضًا؛ لِما مَرّ.

استُحِقَّ مَبيعٌ أو مَغصوبٌ باسمه مُذ باع أو غَصَب: رَجَع بثَمَنه، وبَرِئ، وإلا لا.

إذا استُحِقَّ الْمَبيعُ أو الْمَغصوبُ باسْمِه مُذ باع أو غَصَب: رَجَع بثَمَنه، وبَرِئ الغاصِبُ؛ لوُصوله إلى مُستحَقِّه، وإلا لا.

اشتَرى ثَوبًا وخاطَه، أو غَصَبه وخاطَه قَميصًا، أو بُرًّا وطَحَنه، أو شاةً وشَواها، فاستُحِقَ: لا يَرجِعُ، ولا يَبرأُ، ولو لم يَخِط ولم يَشوِ: رَجَع وبَرِئ، كاستِحقاق واحِدِ أجزاءه، لا جمعٍ.

اشتَرى ثَوبًا أو غَصَبه، وخاطه قَميصًا، أو بُرًّا وطَحَنه، أو شاةً وشَواها، فاستُحِقّ: لا يَرجِعُ بثَمَنه، ولا يَبرأُ الغاصِبُ، بل للمالِك تَضمينُه؛ لأن الاستِحقاقَ ما وَرَد على الْمَبيع، وإنما وَرَد على غَيره، والاستِحقاقُ الوارِدُ على غَير الْمَبيعِ لا يُوجِبُ الرُّجوعَ للمُشتَري على البائِع بالثَّمَن.

ولو لم يَخِط، ولم يَشوِ: رَجَع بالثَّمَن، وبَرِئ الغاصِبُ؛ لبَقاء الاسمِ، كاستِحقاق واحِدِ أجزاءه.

لا جمعٍ، أي لو اشتَرى شاةً، فذَبَحها، فبَرْهَن رَجُلٌ أن الجِلدَ واللَّحمَ والأطرافَ له، فقُضِي له: رَجَع على البائِع.

ولو بَرْهَن رَجُلٌ أن الرَّأسَ له، وآخَرُ أن اللَّحمَ له، وآخَرُ أن الجِلدَ له: لم يَرجِع على البائِع بالثَّمَن؛ لأن الاستِحقاقَ على هذا الطَّريقِ لا يَكونُ إلا بعدَ الذَّبحِ؛ إذ قبلَ الذَّبحِ لا يُتصوَّرُ أن يَكونَ الجِلدُ لرَجُلٍ، واللَّحمُ لغَيره، فظَهَر أن الاستِحقاقَ وَرَد على غَير الْمَبيعِ.

بخِلاف ما إذا كان الْمُدَّعي واحِدًا؛ لأنه أمكَن إثباتُ الاستِحقاقِ ثَمَّ من الأَصل.

وكذا لو اشتَرى ثَوبًا، فقَطَعه ولم يَخِطه، فبَرْهَن رَجُلٌ أن الكُمَّين له، وآخَرُ أن الدِّخريصَ له، وآخَرُ أن البدَنَ له: لا يَرجِعُ الْمُشتَري على البائِع بالثَّمَن؛ لِما مَرّ.

باع إبرِيقًا بدِينارَين، وقَبَض، ونَقَد دِينارًا: فَسَد في نِصفه، فإن استُحِقَّ نِصفُه: فهو شائِعٌ.

باع إبريقًا بدِينارَين، وقَبَض الإبريقَ، ونَقَد دِينارًا، وافترَقا: فَسَد البيعُ في نِصفه، والكلُّ مِلكُه، نِصفُه بوَصف الصِّحّةِ، ونِصفُه بوَصف الفَسادِ، وللبائِع أن يَستَرِدَّ النِّصفَ.

فإن غاب بائِعُ الإبريقِ، واستَحَقَّ رَجُلٌ نِصفَ الإبريقِ: فهو شائِعٌ، وهو خصمٌ له؛ لأنه مَملوكُه.

ولو باع نِصفَ عبدٍ، ثم نِصفَه، فاستُحِقَّ نِصفُه: فعلى الثّاني.

ولو باع نِصفَ عبدٍ، ثم نِصفَه، فاستُحِقَّ نِصفُه: فعلى النِّصف الثّاني.

والصَّحيحُ كالفاسِد.

والصَّحيحُ كالفاسِد، أي لا فرقَ بينَ أن يَكونَ الأَوَّلُ صَحيحًا، والثّاني فاسِدًا، أو كانا صَحيحَين، أو فاسِدَين، فإنه يُقضى بالنِّصف الثّاني له.

ولو باع نِصفَه، وأودَعه النِّصفَ، أو باعَه بميْتةٍ[1]، أو دمٍ: لا خُصومةَ، إلا أن يُودِعَه غيرَه.

ولو باع نِصفَه، وأودَعه النِّصفَ، أو باع النِّصفَ، ثم باع نِصفَه بميْتةٍ أو دمٍ: لم يكن الْمُشتَري خصمًا للمُستحِقّ؛ لأن المرءَ لا يَنتصِبُ خصمًا بيَد الوَديعةِ، وقد انصَرف البيعُ إلى النِّصف الذي هو مِلكُ البائِع، والْمَقبوضُ في البَيع الباطِلِ أمانةٌ، فلا يَنتصِبُ خصمًا أيضًا.

إلا أن يُودِعَه غيرَه، أي لو باعه رَجُلٌ نِصفَه، وأودَع آخرَ نِصفَه: قُضِي له بنِصف ما اشتَرى، وهو الرُّبُعُ؛ لشُيوع الاستِحقاقِ في النِّصفَين، فما كان في النِّصف الذي هو مِلكُه انتَصَب خصمًا، وما كان وَديعةً لا، واللهُ أعلَمُ.

(١) في (ف): ميتة.

فصل في بيع الفضوليّ

باع مِلكَ غيره: أجاز(ف) مالِكُه إن بَقِي العاقِدان، والمَعقودُ عليه، وله، وبه لو عَرْضًا، أو فَسخ(ف).

ومن باع مِلكَ غيرِه أجاز[1] مالِكُه إن بَقِي العاقِدان، والمَعقودُ عليه، والمَعقودُ له، والمَعقودُ به لو كان عَرْضًا، أو فَسَخ.

فكلُّ عقدٍ صَدَر من الفُضوليّ، وله مُجيزٌ حالَ وُقوعِه: انعقَد مَوقوفًا على الإجازة عندَنا.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَصرُّفاتُ الفُضوليِّ كلُّها باطِلةٌ، ولا تتوقَّفُ على الإجازة؛ لأنه أَضاف التَّصرُّفَ إلى محَلٍّ لا وِلايةَ له عليه، فيَلغو؛ إذ الوِلايةُ تكونُ بالْمِلك الْمُطلَقِ للتَّصرُّفات، أو بإِذن المالِكِ الذي له وِلايةُ التَّصرُّفِ، ولم يُوجَدا، والتَّصرُّفُ الشَّرعيُّ كما يَتوقَّفُ على الأَهل والمحَلِّ.. يَتوقَّفُ على الوِلاية الشَّرعيّةِ، فإذا فاتت لا يَنعقِدُ.

ولنا: أن رُكنَ التَّصرُّفِ صَدَر من أَهله مُضافًا إلى محَلِّه، ولا ضرَرَ في انعِقاده، فيَنعقِدُ مَوقوفًا؛ وهذا لأن الأهلِيّةَ بالعَقل والتَّمييزِ، والمحَلِّيّةَ بكَون المالِ مُتقوِّمًا، وقد وُجِدا، ولا ضرَرَ في الانعِقاد للمالِك؛ لأنه مُخيَّرٌ فيه، فإذا رَأى الْمَصلَحةَ فيه نَفَّذه، وإلا فَسَخه، بل له فيه نفعٌ؛ حيث تَسقُطُ عنه مُؤنةُ طلَبِ الْمُشتَري وقَرارِ الثَّمَنِ، وفيه نفعُ العاقِدَين من حيث صِيانةُ كَلامَيهما عن الإلغاء، فتَثبُتُ القُدرةُ الشَّرعيّةُ؛ إحرازًا لهذه الوُجوهِ.

---

(١) في (د): ثم أجاز.

على أن الإذنَ ثابِتٌ دَلالةً؛ لأن كلَّ عاقِلٍ راضٍ بتَحصيل التَّصرُّفِ النّافعِ له آذِنٌ بذلك.

فإن قِيل: اعتِبارُ التَّصرُّفِ شرعًا لحُكمه، ولم يُوجَد، فيَلغو.

قُلنا: لا نُسلِّمُ أن الحُكمَ لم يُوجَد، بل تَأخَّر، وقد يَتأخَّرُ حُكمُ العقدِ عن العَقد، كما في البَيع بشَرط الخِيارِ، على أنه يَثبُتُ حُكمٌ[1] يَليقُ به؛ فإنه يَثبُتُ بالسَّبَب الْمَوقوفِ مِلكٌ مَوقوفٌ، كما يَثبُتُ بالسَّبَب الباتِّ مِلكٌ باتٌّ.

ولا يَلزَمُ طَلاقُ الصَّبيِّ العاقِلِ امرَأتَه، فإنه لا يَنعقِدُ وإن كان أهلَ الكَلامِ، حتى لو طَلَّق امرَأةَ غيرِه صَحّ، والمحَلُّ مَوجودٌ، وهو الْمَنكوحةُ؛ لأنه صَدَر من غَير أهلِه؛ لأن الشَّرعَ ألحَقه بمن لا عقلَ له فيما يَضُرُّه، والطَّلاقُ من الْمَضارّ؛ لأنه إبطالُ مِلكٍ هو مَصلَحةٌ، فالتَحَق فيه بالْمَجنون، وهو ليس من أَهل الكَلامِ، حتى لو طَلَّق الصَّبيُّ العاقِلُ امرَأةَ غيرِه تَوقَّف عندَنا؛ لأنه مما لا يَضُرُّه.

ولا يَلزَمُ طَلاقُ البالِغِ امرَأةَ الصَّبيِّ: لأنه لا مُجيزَ له حالَ وُقوعِه.

ولا يَلزَمُ شِراءُ الفُضوليِّ، حيث يَنفُذُ عليه: لأن البيعَ يَنعقِدُ ولا يَلغو، فكذا الشِّراءُ يَنعقِدُ ولا يَلغو.

وإنما يَجوزُ البيعُ الْمَوقوفُ بالإجازة إذا بَقِي العاقِدان، والْمَعقودُ عليه، ومن وَقَع العقدُ له: لأن الإجازةَ تَصرُّفٌ في العَقد، فيَفتقِرُ إلى قِيامه، وذا بقِيام العاقِدَين والْمَعقودِ عليه.

وأما اشتِراطُ الْمَعقودِ له: فلِما يَأتي بعدَ هذا.

وإذا أَجاز المالِكُ: كان الثَّمَنُ مَملوكًا للمالِك أمانةً في يَد الفُضوليِّ؛ لأن الإجازةَ

(١) في (هـ): حكمًا.

في الانتِهاء كالإذن في الابتِداء.

وللفُضوليِّ أن يَفسَخَ العقدَ قبلَ الإجازةِ دفعًا للحُقوق عن نَفسه، بخِلاف الفُضوليِّ في النِّكاح؛ حيث لا يَكونُ له الفسخُ قبلَ الإجازةِ؛ لأن الحُقوقَ ثَمَّ لا تَرجِعُ إليه؛ لأنه سَفيرٌ ومُعبِّرٌ.

هذا إذا كان الثَّمَنُ دينًا، فإن كان عَرْضًا مُعيَّنًا: يُشترَطُ لصِحّة الإجازةِ قِيامُ ذلك العَرْضِ أيضًا، ثُم[1] الإجازةُ تكونُ إجازةَ نقدٍ لا إجازةَ عقدٍ، حتى يَكونُ العَرْضُ الثَّمَنُ مَملوكًا للفُضوليّ، وعليه مِثْلُ الْمَبيعِ إن كان مِثليًّا، وقِيمتُه إن كان من ذَوات القِيَمِ؛ لأنه شِراءٌ من وجهٍ، وشِراءُ الفُضوليِّ لا يَتوقَّفُ على إِجازة الغيرِ، بل يَنفُذُ[2] عليه.

وتَحقيقُه: أن الثَّمَنَ إذا كان عَرْضًا كان الفُضوليُّ بائِعًا مالَ الغيرِ به، مُشترِيًا العَرْضَ به من وجهٍ، والشِّراءُ لا يَتوقَّفُ؛ لأن الثَّمَنَ يَلزَمُ في ذِمّة الْمُشتَري في الشِّراء، فيَلزَمُه بالتِزامه.

بخِلاف البيعِ؛ لأن قِيامَه بالْمَبيع، وهو مِلكُ الغيرِ، ويَتضرَّرُ الغيرُ بلُزوم العقدِ، فقُلنا بالتَّوقُّف: لئلا يَتضرَّرَ الغيرُ به، فإذا أَجاز المالِكُ البيعَ بالعَرْض كان مُجيزًا نَقْدَ مِلكِه عِوَضًا عما اشترَى، وصار الفُضوليُّ مُستقرِضًا عن المالِك ما باعه، وإن كان حيَوانًا؛ لأن استِقراضَه يَصِحُّ في ضِمن الشِّراءِ، وإن كان لا يَصِحُّ قصدًا؛ لأنه ثَبَت مُقتضى الشِّراءِ، فيَثبُتُ بشُروطه، والشِّراءُ مَشروعٌ، فما في ضِمنه يَكونُ مَشروعًا، ويَرجِعُ عليه المالِكُ بقِيمته.

واعتِبارُ جانِبِ الشِّراءِ أَحَقُّ من البَيع؛ لأنه يُوافِقُ الأصلَ؛ لنَفاذ تَصرُّفِ العاقِدِ عليه،

---

(١) في (ب): لأن.

(٢) في (هـ): ينعقد.

واعتِبارُ جانِبِ البيعِ يَقتَضي التَّوقُّفَ على غَيره، وهو خِلافُ الأصلِ.

ولو هَلَكَ المالِكُ: لا يَنفُذُ بإجازة الوارِثِ في الفَصلَين؛ لأنه تَوقَّف على إِجازة الْمُورِّثِ[1] لنفسه، فلا يَنفُذُ بإجازة غيرِه.

ولو أَجازَ المالِكُ في حَياته، ثم مات وقد هَلَكَ الْمَبيعُ، ولم يُدْرَ أنه هل كان قائِمًا وقتَ الإجازةِ أو لم يكن: جاز البيعُ في قَول أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أوَّلًا، وهو قولُ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن الظّاهرَ بَقاؤُه.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ آخِرًا: لا يَجوزُ حتى يُعلَمَ قِيامُه عندَ الإجازةِ؛ لوُقوعِ الشَّكِّ في شَرط الإجازةِ، فلا تَثبُتُ بالشَّكِّ.

صحَّ عَتقُ(م ز د) مُشترٍ من غاصِبٍ بإِجازة بيعِه، لا بيعُه.

وصَحَّ إعتاقُ الْمُشتَري من الغاصِب بإِجازة بيعِه، حتى لو غَصَب عبدًا، فباعه، فأعتَقه الْمُشتَري، ثم أَجازَ الْمَولى البيعَ: جاز العَتقُ استِحسانًا عن الْمُشتَري.

وقال محمدٌ وزفرُ -وهو رِوايةٌ عن أبي يوسفَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ-: لا يَجوزُ قِياسًا.

وحاصِلُ الخِلافِ راجِعٌ إلى أن إعتاقَ الْمُشتَري من الغاصِب باطِلٌ عندَ محمدٍ وزفرَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ؛ لأن الإعتاقَ تَصرُّفٌ يَختصُّ بمِلكٍ كامِلٍ عندَ الإعتاقِ بالحَديث، ولم يُوجَد؛ لأن الْمَوقوفَ لا يُفيدُ الْمِلكَ؛ إذ لا مِلكَ إلا بالنَّفاذ، ولا نَفاذَ مع التَّوقُّفِ.

وعندَ الإجازةِ إن ثَبَت الْمِلكُ بطَريق الاستِنادِ فهو ثابِتٌ من وجهٍ دونَ وجهٍ، فلا يَصلُحُ شَرطَ الإعتاقِ، ولهذا لا يَصِحُّ أن يُعتِقَ الغاصِبُ ثم يَملِكَه بأَداء الضَّمانِ، ولا أن يُعتِقَ الْمُشتَري والخِيارُ للبائع ثم يُجيزَ البائِعُ.

---

(١) في (هـ): الوارث.

وكذا إذا قَبَض الْمُشتَري من الغاصِب، ثم باع، ثم أجاز المالِكُ البيعَ الأوَّلَ: لم يَنفُذ البيعُ الثّانِي مع أن البيعَ أسرَعُ نَفاذًا من العَتق؛ لأنه أحوَجُ إلى الْمِلك من البَيع، حتى إذا باع الغاصِبُ، ثم أدّى الضَّمانَ: يَنفُذُ البيعُ، ولو أعتَق، ثم أدّى الضَّمانَ: لا يَنفُذُ العَتقُ، والْمُكاتَبُ والْمَأذونُ يَملِكان البيعَ لا الإعتاقَ، وكذا إذا مَلَك الغاصِبُ الْمَغصوبَ عندَ أداءِ الضَّمانِ لا يَنفُذُ إعتاقُ الْمُشتَري من الغاصِب، فكذا هنا.

وعندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: مَوقوفٌ على أن يَنفُذَ على الْمُشتَري إذا مَلَك الْمُشتَرىٰ بإجازة المالِكِ العقدَ؛ لأن الْمِلكَ ثَبَت مَوقوفًا بتَصرُّفٍ مُطلَقٍ مَوضوعٍ لإفادة الْمِلكِ، فيَتوقَّفُ الإعتاقُ بتَوقُّف الْمِلكِ، ويَنفُذُ بنَفاذه؛ لأنه من حُقوقه، والشَّيءُ إذا نَفَذ نَفَذ بحُقوقه، فإذا تَوقَّف تَوقَّف بحُقوقه.

وصار كإِعتاق الْمُشتَري من الرّاهِن، فإنه يَتوقَّفُ نَفاذُه، حتى إذا أجاز الْمُرتهِنُ البيعَ يَنفُذُ الإعتاقُ على الْمُشتَري.

وكإِعتاق الْمُشتَري من الوارِث عبدًا من التَّركة الْمُستغرَقةِ بالدَّين، فإنه يَتوقَّفُ نَفاذُ الإعتاقِ، حتى إذا أَجاز الغُرَماءُ بيعَ الوارِثِ يَنفُذُ الإعتاقُ على الْمُشتَري.

وكإِعتاق الوارِثِ عبدًا من تَرِكةٍ مُستغرَقةٍ بالدَّين، فإنه يَنفُذُ إذا قُضِي الدَّينُ بعدَه.

بخِلاف إعتاقِ الغاصِبِ بنَفسه؛ لأن الغصبَ لم يُوضَع لإفادة الْمِلكِ؛ لكَونه عُدوانًا مَحضًا، وإنما يَثبُتُ الْمِلكُ به ضَرورةً عندَ أداءِ الضَّمانِ: كيلا يَجتمِعَ في مِلكِ واحِدٍ بَدَلان، فلم يكن الغصبُ في الحال سببَ الْمِلكِ ليَتوقَّفَ الْمِلكُ ويَتوقَّفَ العَتقُ حُكمًا له، بل هو بعَرَض أن يَصيرَ سبَبًا عندَ أداءِ الضَّمانِ، والعَتقُ وُجِد قبلَه.

وبخِلاف ما لو كان في البَيع خِيارُ البائِعِ؛ لأنه ليس بمُطلَقٍ، وخِيارُ الشَّرطِ يَمنَعُ انعِقادَه في حقِّ الحُكمِ أصلًا، فكان الْمِلكُ مَعدومًا؛ لوُجود الخِيارِ المانِعِ منه، فلم

يُصادِف الإعتاقُ محَلًا مَملوكًا للمُشتَرِي، فيَلغو.

وهنا البيعُ مُطلَقٌ، والأصلُ في الأَسباب الْمُطلَقةِ أن تَعمَلَ في حقِّ الحُكمِ بلا تَراخٍ، والتَّراخِي إنما يَثبُتُ هنا لضَرورة دفعِ[1] الضَّرَرِ، ولا ضَرَرَ في تَوقُّف الْمِلكِ والإعتاقِ، فوَجَب القولُ بإظهار السَّبَبِ في حقِّه.

ونَعني بتَوقُّف الْمِلكِ: أنه مَوجودٌ في حقِّ الأحكامِ التي لا يَتضرَّرُ المالِكُ بها، غيرُ مَوجودٍ في حقِّ الأحكامِ التي يَتضرَّرُ المالِكُ بها.

والْمُشتَرِي من الغاصِب إذا أعتَق، ثم مَلَك الْمَغصوبَ بأَداء الضَّمانِ: لا يَنفُذُ إعتاقُه عندَ البعضِ؛ لأن مِلكَ الْمُشتَرِي ثَبَت بِناءً على مِلك الغاصِبِ، ومِلكُ الغاصِبِ لا يَكفِي لصِحّة الإعتاقِ، فكذا ما ثَبَت بِناءً عليه.

والأصَحُّ: أنه يَنفُذُ؛ لأن مِلكَ الْمُشتَرِي ثَبَت مُطلَقًا بسبَبٍ مُطلَقٍ، وهو الشِّراءُ، فاحتَمَل العَتقَ عندَ الإجازةِ، بخِلاف الغاصِبِ[2]؛ لأنه مَلَك بالغَصب، وهو سبَبٌ ضَروريٌّ لا مُطلَقٌ؛ لِما مَرّ، فكان الْمِلكُ ناقِصًا.

كمِلك الْمُكاتَبِ، لا بيعِه، أي إذا باعه الْمُشتَرِي من آخرَ، ثم أَجاز الْمَولى البيعَ الأوَّلَ: لم يَجُز البيعُ الثّانِي؛ لأن بالإجازة يَثبُتُ للبائِع -وهو الْمُشتَرِي الأوَّلُ- مِلكٌ باتٌّ، فإذا طَرَأ على مِلكٍ مَوقوفٍ لغَيره أبطَله.

وهذا لأن الشِّراءَ سبَبٌ مُطلَقٌ مَوضوعٌ لإفادة الْمِلكِ، فإذا أَجاز المالِكُ البيعَ الأوَّلَ ثَبَت الْمِلكُ للمُشتَرِي باتًّا مُطلَقًا؛ لوُجود السَّبَبِ مُطلَقًا، فيَبطُلُ الْمِلكُ الْمَوقوفُ الذي هو ثابِتٌ[3] للمُشتَرِي الثّانِي ضَرورةَ أنه لا يَجوزُ اجتِماعُ عَقدَين نافِذَين في محَلٍّ واحِدٍ

(١) في (هـ): رفع.

(٢) في (ج): السبب.

(٣) في نسخة على حاشية (ب): بات.

على الكَمال.

فإن قِيل: الْمِلكُ الباتُّ[1] ليس بمانِعٍ للمِلك الْمَوقوفِ، حتى يَثبُتُ الْمِلكُ للمُشتَري مَوقوفًا، فأَولى أن لا يَكونَ رافِعًا؛ لأن المنعَ أسهَلُ من الرَّفع.

قُلنا: المنعُ أو الرَّفعُ إنما يَكونُ عندَ التَّعارُضِ، ولا تَعارُضَ ثَمَّ؛ لأن الْمِلكَ الْمَوقوفَ لم يَظهَر في حقِّ المالِكِ، وإنما ظَهَر في حقِّ الْمُتعاقِدَين؛ لأن البيعَ قائِمٌ بهما، وإذا أَجاز المالِكُ بيعَ الفُضوليِّ فالْمِلكُ الباتُّ يَثبُتُ للفُضوليّ، والْمِلكُ الْمَوقوفُ ظاهِرٌ في حقِّه؛ لأن الفُضوليَّ عاقِدٌ، فوَقَع التَّعارُضُ بينَ الْمِلكَين، فيَرفَعُ الباتُّ الْمَوقوفَ.

فإن قِيل: الغاصِبُ إذا باع الْمَغصوبَ، ثم مَلَكه عندَ أداءِ الضَّمانِ: يَنفُذُ البيعُ، وقد طَرَأ على الْمِلك الْمَوقوفِ مِلكٌ باتٌّ، ومع هذا لا يُبطِلُه.

قُلنا: مِلكُ الغاصِبِ ليس بباتٍّ؛ لثُبوته من وجهٍ دونَ وجهٍ؛ لأن سبَبَه ضَروريٌّ لا مُطلَقٌ، فلا يَظهَرُ في مَوضِعٍ لا ضَرورةَ فيه، فلا يَظهَرُ في إِبطال تَوقُّفِ البيعِ، والشِّراءُ مَوضوعٌ لإفادة الْمِلكِ، وهو سببٌ مُطلَقٌ، فجاز أن يَظهَرَ في إبطال الْمِلكِ الْمَوقوفِ.

ولأن فيه غرَرًا؛ إذ نَفاذُ هذا البيعِ مُتعلِّقٌ بنَفاذ الأوَّلِ، ونَفاذُ الأوَّلِ مُتعلِّقٌ بإجازة المالِكِ، وهو ربما يُجيزُ العقدَ الأوَّلَ وربما لا يُجيزُه، فإن أَجاز نَفَذ[2] العقدُ الثَّاني، وإلا لا يَنفُذُ، فتَعلَّق نَفاذُه بما فيه خطَرٌ، فيَمتنِعُ الجَوازُ.

بخِلاف الإعتاقِ؛ لأنه لا يُؤثِّرُ فيه الغرَرُ، ولهذا يَجوزُ إعتاقُ الْمَبيعِ قبلَ القبضِ، وبيعُه لا يَجوزُ؛ لأن فيه غرَرَ الانفِساخِ على احتِمال هَلاكِ الْمَبيعِ قبلَ القبضِ، فتَبيَّن أنه باع مالَ[3] الغيرِ.

---

(١) في (ج): الثابت.

(٢) في (أ) و(هـ): بعد.

(٣) في (د): ملك.

على أنه رُوِي عن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَتوقَّفُ البيعُ كما يَتوقَّفُ الإعتاقُ.

فإن لم يَبِعه الْمُشتَري، فمات في يَده أو قُتِل، ثم أَجاز الْمَولى البيعَ: لم يَجُز اتِّفاقًا؛ لأنَ الإجازةَ لم تُصادِف العقدَ؛ لفَوات محَلِّه، وهو الْمَعقودُ عليه.

أما إذا مات: فظاهِرٌ، وكذا إذا قُتِل؛ لأنه لا يُمكِنُ إيجابُ البدَلِ للمُشتَري بالقَتل ليُعَدَّ باقِيًا ببقَاء البدَلِ؛ إذ لا مِلكَ للمُشتَري عندَ القتلِ مِلكًا يُقابَلُ بالبَدَل، فتَحقَّق الفَواتُ لا إلى بدَلٍ.

بخِلاف البيعِ الصَّحيحِ؛ فإنه إذا باع صَحيحًا، ثم قُتِل في يَد البائِع: لا يَنفسِخُ العقدُ؛ لثُبوت الْمِلكِ عندَ القتلِ، فأمكَن إيجابُ البدَلِ له، فعُدَّ الْمَبيعُ قائِمًا؛ لقِيام بدَلِه.

ولو قُطِع يدُه، فأُجِيز: فأَرْشُه لِمُشتَريه، وتَصدَّق بما زاد على نِصف الثَّمنِ.

ولو قُطِع يدُ العبدِ، ولم يُعتِقه الْمُشتَري، فأَخذ أَرْشَها، فأَجاز الْمَولى البيعَ: فأَرْشُه لِمُشتَريه؛ لأن بالإجازة يَثبُتُ الْمِلكُ له من وَقت الشِّراءِ، فظَهَر أن القطعَ كان على مِلكه، فكان الأَرْشُ له، وهذه حُجّةٌ لهما على محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

والعُذرُ له: أن الْمِلكَ من وجهٍ يَكفي لاستِحقاق الأَرْشِ؛ ألا تَرى أن الْمُكاتَبَ إذا قُطِعت يدُه وأَخذ الأَرْشَ ثم رُدَّ في الرِّقّ: فالأَرْشُ لِمَولاه، وكذا إذا قُطِعت يدُ الْمُشتَرىٰ في يَد الْمُشتَري، والخِيارُ للبائِع، فأُجِيز البيعُ: فأَرْشُه لِمُشتَريه، بخِلاف الإعتاقِ؛ لافتِقاره إلى الْمِلك من كلِّ وجهٍ.

وتَصدَّق بما زاد على نِصف الثَّمنِ؛ لأن الْمَبيعَ إن لم يكن مَقبوضَ الْمُشتَري فلا يَكونُ في ضَمانه، فيَكونُ رِبحَ ما لم يُضمَن، وإن كان مَقبوضَه ففيه شُبهةُ عدَمِ الْمِلكِ؛ لأنه غيرُ مَوجودٍ حَقيقةً وقتَ القطعِ، وإنما يَثبُتُ بطَريق الاستِنادِ، فكان ثابِتًا من وجهٍ دونَ وجهٍ.

ومن باع عبدَ رَجُلٍ، فأراد الْمُشتَري رَدَّ العبدِ وقال: إنك بِعتَني بغَير أمرِ صاحِبِه، وجَحَد البائِعُ ذلك وقال: بل بِعتُك بأَمر صاحِبِه، فأَقام الْمُشتَري بَيِّنَةً على إِقرار صاحِبِ العبدِ أنه لم يَأمُره ببَيعه، أو أَقام بَيِّنةً على إِقرار البائِعِ بذلك: لا تُقبَلُ بَيِّنتُه؛ لبُطلان دَعواه بالتَّناقُض؛ إذ إقدامُهما على هذا العقدِ وهما عاقِلان اعتِرافٌ منهما بصِحَّته ونَفاذِه؛ إذ الظّاهرُ من حال العاقِلِ الْمُسلِمِ[1] مُباشَرةُ العقدِ الصَّحيحِ النّافذِ.

ثم الْمُشتَري بدَعوى عدَمِ الأمرِ يَدَّعي عدَمَ الأمرِ بعدَ الإقرارِ بالأمر، فكان مُتناقِضًا، فلم تَصِحَّ الدَّعوى، والبَيِّنةُ إنما تُسمَعُ إذا ترَتَّبت على دَعوى صَحيحةٍ.

وهذا يُشكِلُ بما مَرَّ في مَسائِلِ «الزِّياداتِ»: أن الْمُشتَرِيَ إذا صَدَّق مُدَّعيَه، وأقَرَّ بأن العبدَ للمُستحِقّ، وأخَذه الْمُستحِقُّ، ثم بَرهَن على إِقرار البائِعِ بأن العبدَ للمُستحِقّ، وهو يُريدُ الرُّجوعَ بالثَّمَن: تُقبَلُ بَيِّنتُه.

وفَرَّقوا: أن العبدَ في مَسألة «الجامِعِ الصَّغيرِ» في يَد الْمُشتَري، وفي مَسألة «الزِّياداتِ» في يَد الْمُستحِقِّ، وشَرطُ الرُّجوعِ بالثَّمَن أن لا تكونَ العَينُ سالِمةً للمُشتَري، وإذا كان كذلك تَصِحُّ دَعوى الرُّجوعِ بالثَّمَن في مَسألة «الزِّياداتِ»؛ لوُجود شرطِه، وفي مَسألة «الجامِعِ الصَّغيرِ» لا تَصِحُّ دَعوى الرُّجوعِ بالثَّمَن؛ لعَدَم شرطِه.

وقِيل: إنما اختَلَف الجَوابُ لاختِلاف الْمَوضوعِ، فمَوضوعُ «الجامِعِ الصَّغيرِ» فيما إذا بَرْهَن على إِقرار البائِعِ قبلَ البيعِ[2]، وإقدامُه على الشِّراء يَنفي إقرارَ البائِعِ قبلَ البيعِ أنه[3] للمُستحِقّ، فصار مُتناقِضًا، والْمُتناقِضُ لا تَصِحُّ دَعواه، ولا تُسمَعُ بَيِّنتُه.

---

(١) في (ج) و(د): العاقل البالغ المسلم.

(٢) في (هـ): قبل البيع لعدم شرطه.

(٣) في (هـ): لأنه.

ومَوضوعُ «الزِّياداتِ» فيما إذا بَرْهَن على إقرار البائِع بعدَ البيعِ أنه للمُستحِقّ، وإقدامُه على الشِّراء لا يَنفي إقرارَ البائِعِ بعدَ البيعِ أنه للمُستحِقّ، فلا يَصيرُ مُتناقِضًا، فتُقبَلُ بيِّنتُه.

وإن أقرَّ البائِعُ عندَ القاضِي أن ربَّ العبدِ لم يَأمُره بالبَيع: بَطَل البيعُ إن طَلبَ الْمُشتَري ذلك، فقد صُحِّح إقرارُ البائِعِ وإن تناقَض في الإقرار: لأن التَّناقُض لا يَمنَعُ صِحّةَ الإقرارِ؛ لأنه غيرُ مُتَّهمٍ فيه، بخِلاف الدَّعوى؛ لأنه مُتَّهَمٌ فيها.

فإذا صَحَّ الإقرارُ فللخَصم أن يُساعِدَه على ذلك، فيُنفِذَ النَّقضَ عليهما، ولذلك شُرِط للنَّقض طلَبُ الْمُشتَري حتى يَصيرا مُتَّفِقَين على ذلك، فيَكونَ نقضًا.

وذَكَر هذه الْمَسألةَ في «الزِّيادات» مع زِيادةِ تَفريعاتٍ فقال:

عبدُه في يَد غيرِه، فقال رَجُلٌ: (أمَرك رَبُّه ببَيعه، فبِعْه منِّي)، فصَدَّقه، أو باعَه منه ابتِداءً، ثم جَحَد أمْرَه، أو قال: (عَزَلني)، أو ادَّعى الْمُشتَري ذلك، وكَذَّبه البائِعُ: لَغا قولُه وبيِّنتُه -ولو على إِقراره أن رَبَّه لم يَأمُر به- واستِحلافُه.

عبدٌ لرَجُلٍ في يَد غيرِه، فقال رَجُلٌ: (أمَرك ربُّ العبدِ ببَيعه، فبِعه منِّي)، فصَدَّقه أو سَكَت وباعَه، أو باعَه منه ابتِداءً، ثم جَحَد أمْرَه، أو قال: عَزَلني، أو ادَّعى الْمُشتَري ذلك، وكَذَّبه البائِعُ: لا يُقبَلُ قولُه وبيِّنتُه -ولو على إِقراره أن ربَّ العبدِ لم يَأمُره ببَيعه- واستِحلافُه[1]، لأن مُدَّعيَ عدَمِ الأمرِ مُتناقِضٌ ساعٍ في نَقض ما أوجَبه، فلا يُقبَلُ قولُه وبيِّنتُه، والاستِحلافُ[2] يَترَتَّبُ على دَعوى صَحيحةٍ، ولم تُوجَد.

ولو صَدَّقه صاحِبُه في عَدَم الأمرِ: فُسِخ في حقِّهما، حتى لو حَضَر وقال: (أمَرتُ

(١) في (ب) و(ج): واستخلافه.

(٢) في (ب) و(ج): والاستخلاف.

ببَيعه): طالَب وَكيلَه(س) بثَمَنه.

ولو صَدَّقه صاحِبُه في عَدَم الأمرِ يُجعَلُ ذلك فسخًا في حقِّهما دونَ ربِّ العبدِ، حتى لو حَضَر ربُّ العبدِ وقال: (أمَرتُ ببَيعه): طالَب وَكيلَه بثَمَنه دونَ الْمُشتَري عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: يُطالِبُ الْمُشتريَ بالثَّمَن.

وإذا أدّى رَجَع به على البائِع؛ لِما عُرِف أن الوَكيلَ بالبَيع إذا أبرَأ الْمُشتريَ عن الثَّمَن صَحَّ ذلك عندَهما، ويَضمَنُ الوَكيلُ للمُوكِّل مِثلَه، وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: لا يَصِحُّ الإبراءُ.

ولو جَحَد أمْرَه عندَ القاضِي، وغاب، وطَلَب بائِعُه الفسخَ، والْمُشتَري تَأخيرَه ليُحلِّفَ الآمِرُ: لم يُؤَخِّر.

ولو جَحَد ربُّ العبدِ أمْرَه عندَ القاضِي، وغاب، وطَلَب بائِعُه الفسخَ: فَسَخ القاضِي البيعَ بينهما؛ لأنه ثَبَت عندَ القاضِي أن البيعَ كان مَوقوفًا.

فإن طَلَب الْمُشتَري تَأخيرَ الفسخِ ليُحلِّفَ الآمِرُ على عَدَم الأمرِ: لم يُؤَخِّر؛ لأن سببَ الفسخِ تَحقَّق عندَ القاضِي، وهو جُحودُ الآمِرِ الوَكالةَ، فلا يَجوزُ التَّأخيرُ لأَجل اليَمينِ.

ولو حَضَر، وحَلَف: أخَذه، وإن نَكَل: عاد البيعُ.

فلو حَضَر الآمِرُ وحَلَف: أخَذ العبدَ، وإن نَكَل عاد البيعُ؛ لثُبوت الأمرِ.

ولو حَضَر وجَحَد، والْمُشتَري غائِبٌ: لم يَأخُذه، وحَلَّفه[1] بائِعُه على أَمره، فإن نَكَل ثَبَت، وإن حَلَف ضَمَّنه، ونَفَذ بيعُه.

---

(١) في (م) و(س): وحلف.

ولو حَضَر وجَحَد الأمرَ عندَ القاضِي، والْمُشتَرِي غائِبٌ: لم يَأخُذ العبدَ؛ لأن البيعَ صَحَّ ظَاهِرًا، فلا يَصِحُّ القَضاءُ بفَسخه على الغائِب.

وللبائِع أن يُحلِّفَ ربَّ العبدِ بالله ما أمَرتَني ببيَعه، فإن نكَل ثَبَت أمرُه، وإن حَلَف ضَمِنَ البائِعُ، ونَفَذ بيعُه، كغاصِبٍ باع الْمَغصوبَ، ثم مَلَكه بأداء الضَّمانِ.

ولو مات قبلَ حُضورِه، ووَرِثه بائِعُه، وجَحَد الأمرَ: لا تُقبَلُ بيِّنتُه، وتُقبَلُ على إقرار مُشتَرِيه.

ولو مات ربُّ العبدِ قبلَ حُضورِه، ووَرِثه بائِعُه، وجَحَد الأمرَ، وبَرْهَن: لا تُقبَلُ بيِّنتُه، وإن بَرْهَن على إقرار مُشتَرِيه بعَدَم الأمرِ بعدَ موتِه: يُقبَلُ.

بخِلاف ما لو بَرْهَن على هذا الوجهِ في حَياة ربِّ العبدِ؛ فإنه لا يُقبَلُ؛ لأن في حَياته إن قُبِلت بيِّنةُ البائِعِ على هذا الوجهِ فإنما تُقبَلُ من حيث إنه أصلٌ، ومن حيث إنه أصلٌ هو مُتناقِضٌ، وبعدَ الموتِ إنما تُقبَلُ بيِّنةُ البائِعِ من حيث إنه نائِبٌ عن الميْت، والميْتُ لو ادَّعى بنَفسه في حَياته لا يَكونُ مُتناقِضًا، فكذا نائِبُه.

ولو وَرِثه وغيرُه: فكما مرّ.

ولو وَرِثه البائِعُ وغيرُه.. فإن ادَّعى غيرُه جُحودَ الأمرِ: تُسمَعُ؛ لأنه لم يَسبِق منه ما يَجعَلُه مُتناقِضًا، بخِلاف الشَّريكِ البائِعِ؛ لأنه مُتناقِضٌ.

ولِمُشتَرِيه أن يُحلِّفَه على عِلمه بأمره، فإن نكَل ثَبَت، وإن حلَف أخَذ نِصفَه، ورَجَع مُشتَرِيه بنِصف ثَمَنِه، وخُيِّر.

ولِمُشتَرِيه أن يُحلِّفَه بالله ما يَعلَمُ أن الْمَولى أمَره ببيَعه، فإن نكَل ثَبَت الأمرُ، وإن حَلَف أخَذ نِصفَ العبدِ، ورَجَع الْمُشتَرِي على البائِع[1] بنِصف الثَّمَنِ، وخُيِّر في النِّصف

(١) في (هـ): ورجع البائع على المشتري.

الآخَرِ؛ لتفرُّق الصَّفْقةِ عليه.

هذا إذا أقَرَّ بمِلك الآمِرِ، فلو جَحَد: لَغا قولُ الآمِرِ حتى يُبرهِنَ على مِلكه وتَوكيلِ بائِعِه في خُصومته.

هذا إذا أقَرَّ الْمُشتَري بأن العبدَ مِلكُ الآمِرِ، فلو جَحَد لَغا قولُ الآمِرِ حتى يُبرهِنَ على مِلكه، ولَغا تَوكيلُ بائعِه في خُصومته؛ لئلا يَصيرَ البائِعُ ساعِيًا في نَقض ما أوجَبه.

عَقدان مَوقوفان أُجيزا، وتَوافَقا: ثَبَتا، وإن تَنافَيا: ثَبَت أَقواهما، وإلا بَطَلا.

عَقدان مَوقوفان أُجيزا، وتَوافَقا: ثَبَتا، كالبَيعَين، وإن تَنافَيا: ثَبَت أَقواهما، كالبَيع والنِّكاحِ، وإلا بَطَلا، كالنِّكاحَين.

اجتَمَع بَيعان في عبدٍ من وَكيلَين أو فُضولِيَّين، وأُجيزا معًا: يُنصَّفُ.

اجتَمَع بَيعان في عبدٍ من وَكيلَين أو فُضولِيَّين، وأُجيزا معًا: تَنصَّف البيعُ، أي أخَذ كلُّ واحِدٍ النِّصفَ أو تَرَك.

وإنما يُخيَّرُ: لأن كلَّ واحِدٍ شَرَع في العَقد على أن يَكونَ له كلُّ العبدِ، فإذا تَنصَّف يُخيَّرُ.

البيعُ أحَقُّ من النِّكاح، والإجارةِ، والرَّهنِ.
والعَتقُ، والكِتابةُ، والتَّدبيرُ: من غَيرها.

والبيعُ أحَقُّ من النِّكاح والإجارةِ والرَّهنِ، حتى لو باع فُضوليٌّ أمةَ رَجُلٍ، وزَوَّجها فُضوليٌّ آخرُ من آخرَ، أو آجَرها، أو رَهَنها، فأَجازهما الْمَولى معًا: جاز البيعُ، وبَطَل غيرُه؛ لأن البيعَ أقوى؛ لأنه يُفيدُ مِلكَ الرَّقَبةِ، ولا كذلك غيرُه.

والعَتقُ والكِتابةُ والتَّدبيرُ: أحَقُّ من غَيرها؛ لأنها لازِمةٌ، بخِلاف غيرِها.

والهِبةُ والإجارةُ: من الرّهن.

والهِبةُ والإجارةُ أحقُّ من الرَّهن؛ لأن الهِبةَ تُفيدُ مِلكَ الرَّقبةِ، والرَّهنَ لا يُفيدُ مِلكَ الرَّقبةِ، والإجارةَ تُفيدُ مِلكَ الْمَنفعةِ، والرَّهنَ لا.

والهِبةُ: من الإجارة.

والهِبةُ أحقُّ من الإجارة؛ لأنها تُفيدُ مِلكَ الرَّقبةِ والْمَنفعةِ دونَ الإجارةِ.

والبيعُ: من الهِبة في الدّار.

والبيعُ أحقُّ من الهِبة في الدّار؛ لأن الهِبةَ تَبطُلُ بالشُّيوع، ويَبقى البيعُ بلا مُزاحِمٍ.

واستَويا في العَبد.

واستَويا في العَبد؛ لأن الهِبةَ مع القبضِ تُساوِي البيعَ في إفادة مِلكِ الرَّقبةِ، وكلُّ واحِدٍ قابِلٌ للتّنصيف؛ لأن هِبةَ الْمُشاعِ فيما لا يُقسَمُ صَحيحةٌ.

وبَطَلت هِبتان(س م) فيها، ورهنان فيه أو فيها.

بَطَلت هِبتان في الدّار عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، خِلافًا لهما، وهو فرعُ ما إذا وَهَب دارَه من اثنَين.

وبَطَل رَهنان في العَبد أو في الدّار؛ لأن رهنَ الْمُشاعِ فيما يُقسَمُ وفيما لا يُقسَمُ باطِلٌ.

لا يَنعقِدُ تَبايُعُ غاصِبَي عَرْضَي واحِدٍ، بخِلاف نَقْدَيه، وعَرْضَي[1] اثنَين، وعلى كلٍّ الْمِثلُ أو القِيمةُ[2].

(١) في (م) و(ف): أو عرضي.

(٢) في (ن) و(س): والقيمة، والمثبت من (م) و(ف).

لا يَنعقِدُ تَبايُعُ غاصِبَي عَرْضَين لرَجُلٍ واحِدٍ؛ لأن فائِدةَ البيعِ ثُبوتُ مِلكِ الرَّقَبةِ أو التَّصرُّفِ، وهما حاصِلان للمَغصوب منه في البدَلَين بدُون هذا العقدِ، وإذا لم يَنعقِد لا تَلحَقُه الإجازةُ؛ لأنها تَلحَقُ الْمَوقوفَ، وليس هنا بيعٌ مَوقوفٌ.

بخِلاف نَقدَي واحِدٍ، أي لو غَصَب أحَدُهما منه دَراهِمَ والآخَرُ منه دَنانيرَ، وتَبايَعا وتَقابَضا: جاز، وعلى كلِّ واحِدٍ من الغاصِبَين مِثلُ ما غَصَب؛ لأن النُّقودَ لا تَتعيَّنُ، فلم يَقَع العقدُ عليهما بأَعيانهما، وإنما وَقَع على مِثلهما في الذِّمّة، فلم يَقَع البيعُ على مالَين لمالِكٍ واحِدٍ، فصَحَّ البيعُ لهما بدَينٍ في ذِمّة كلِّ واحِدٍ منهما.

إلا أن كلَّ واحِدٍ منهما قَضى ما في ذِمّته بما غَصَبه، فاحتِيج إلى الإجازة لِصحّة ذلك القَضاءِ لا لنَفاذ العقدِ؛ لأنه نافِذٌ بدُونه، وإذا أَجازه صار مُقرِضًا، والقرضُ في ذَوات الأَمثالِ مَضمونٌ بالْمِثل.

وبخِلاف عَرْضَي اثنَين؛ فإنه لو غَصَب رَجُلٌ عبدَ زيدٍ، وغَصَب رَجُلٌ آخرُ أمةَ بكرٍ، وتَبايَع الغاصِبان، فبَلَغهما الخبَرُ، فأَجازا: نَفَذ؛ لأنهما لو تَبايَعا بأنفُسهما صَحّ، فإذا أَجازا[1] وَجَب أن يَصِحَّ أيضًا.

وصارت الأمةُ لغاصِب[2] العبدِ، والعبدُ لغاصِب الأمةِ؛ لأن الإجازةَ في الانتِهاء كالإذن في الابتِداء.

ولو قال ربُّ العبدِ لغاصِبه: اشتَرِ أمةَ فُلانٍ بعَبدي هذا، وقال ربُّ الأمةِ لغاصِبها: اشتَرِ عبدَ فُلانٍ بأَمتي هذه: كان الجَوابُ كذلك، وهذا لأن الشِّراءَ لا يَتوقَّفُ، فكان شِراءُ كلِّ واحِدٍ منهما واقِعًا لنَفسه، وصار كلُّ واحِدٍ منهما مُستقرِضًا ما غَصَبه، واستِقراضُ

(١) ضبطت في (ب): أجاز أوجب.

(٢) في حاشية (ب): لصاحب.

الحيوانِ يَصِحُّ ضِمنًا وتَبَعًا للشِّراء، وإن لم يَصِحَّ قصدًا، وعلى كلِّ واحِدٍ منهما قِيمةُ ما استقرَضه.

غَصَب منه دَنانيرَ، وآخَرُ منه أمةً، فتبايَعا وتَقابَضا، فأَجاز: نَفَذ، وما في يَد البائِعِ أمانةٌ، ومُشتريها مُستقرِضٌ ما نَقَد، فهي له.

ولو غَصَب منه دَنانيرَ وآخَرُ منه أمةً، فتبايَعا وتَقابَضا، فأَجاز: نَفَذ؛ لأن الدَّنانيرَ لم تَتعيَّن، فلم يَقَع العقدُ على مالَين لواحِدٍ، بل وَقَع على أمَته بمالٍ في ذِمّة الآخَرِ، إلا أنه نَقَد[1] ما عليه من مال الْمَغصوبِ منه.

فإذا أَجازه: صَحَّت إجازتُه للبَيع؛ لأن بيعَ الأمةِ مَوقوفٌ، فيَصِحُّ بإجازته، وما في يَد البائِعِ أمانةٌ؛ لأنه صار بالإجازة وَكيلًا وأمينًا، ومُشتَري الأمةِ مُستقرِضٌ ما نَقَد من ثَمَن الأمةِ بإجازة الْمَغصوبِ منه، فالإجازةُ في جانِب غاصِبِ الأمةِ إجازةُ البيعِ الْمَوقوفِ، وفي جانِب غاصِبِ الدَّنانيرِ إجازةُ نقدِ الثَّمَنِ، والأمةُ لِمُشتَريها.

ولو أَجاز قبلَ النَّقدِ، فنَقَد، وهَلَكت الدَّنانيرُ: ضَمِن الْمُشتَري أو البائِعُ، ورَجَع، وسَلِم له.

ولو أَجاز قبلَ النَّقدِ، فنَقَد، فهَلَكت الدَّنانيرُ عندَ البائِعِ: ضَمَّن المالِكُ الْمُشتَريَ أو البائِعَ؛ لأن أحَدَهما غاصِبٌ في حقِّه، والآخَرَ غاصِبُ الغاصِبِ؛ إذ الإجازةُ اقتَصَرت على البَيع؛ لعَدَم النَّقدِ عندَها.

فإن ضَمِن غاصِبُ الدَّنانيرِ مَلَك الدَّنانيرَ من وَقت الغصبِ، وظَهَر أنه نَقَد مِلكَ نفسِه، وإن ضَمِن البائِعُ رَجَع على الْمُشتَري بمِثل تلك الدَّنانيرِ، وتَسلَمُ له.

---

(١) في (ج): نفذ.

ومن باع دارًا لرَجُلٍ، وأدخَلها الْمُشتَري في بِنائه: لم يَضمَن البائِعُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَضمَنُ، وهي مَسألةُ غصبِ العَقارِ، ومَوضِعُه كِتابُ الغصبِ.

بَابُ السَّلَمِ

بابُ السَّلَمِ[1]

هو: أخذُ عاجِلٍ بآجِلٍ.

واختَصَّ بهذا الاسمِ: لاختِصاصه بحُكمٍ يَدُلُّ الاسمُ عليه، وهو تَعجيلُ أحدِ البدَلَين وتأجيلُ الآخَرِ.

وقِيل: السَّلَمُ والسَّلَفُ بمعنًى.

وسُمّي هذا العقدُ به: لكَونه مُعجَّلًا على وَقته؛ فإن أوانَ البيعِ بعدَ وُجودِ الْمَعقودِ

(١) السَّلَم في اللغة: الاستعجال والتقديم والتسليم. وفي الشرع: عقد يوجب الملك في الثمن في الحالّ وفي المثمن في الاستقبال.

وإنما خص هذا النوع من البيع بهذا الاسم لاختصاصه بحكم يدل عليه، وهو تعجيل أحد البدلين قبل حصول المبيع.

والمبيع يسمى: مُسلَمًا فيه، والثمن: رأسَ المال، والبائع: مسلَمًا إليه، والمشتري: رب السلم.

ومعنى قولنا: أسلم في كذا: أي فعل عقد السلم في الحنطة مثلًا، أو أسلم الثمن فيه: أي قدم وعجل قبل حصول المبيع، أو الهمزة للسلب، أي أزال سلامة الدراهم بتسليمها إلى مفلِس أي عادم للمبيع ومفلس عنه.

واعلم أن البيع نوعان: بيع العين بالدين، كما إذا باع حنطة موجودة معينة بدرهم، فيكون الدرهم دَينًا على المشتري، وبيع الدين بالعين: وهو عقد السلم، والبيع الأول عزيمة والثاني رخصة. «الدستور» ٢/ ١٣٠.

عليه في مِلك العاقِدِ، والسَّلَمُ إنما يَكونُ عادةً لِما ليس بمَوجودٍ في مِلكه، فيَكونُ العقدُ مُعجَّلًا على وَقته، سُمِّي سَلَمًا وسَلَفًا.

وهو مَشروعٌ بالكِتاب، فقد قال ابنُ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أشهَدُ أن الله أحَلَّ السَّلَمَ الْمُؤجَّلَ، وأنزَل فيه أطوَلَ آيةٍ، وتَلا قولَه تَعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾[1] [البقرة: ٢٨٢].

والسُّنّةِ، فقد رُوِي أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عن بَيع ما ليس عندَ الإنسانِ، ورَخَّص في السَّلَم[2].

وإجماعِ الأُمّةِ.

والقِياسُ يَأبى جَوازَه؛ لأن الْمُسلَمَ فيه مَبيعٌ، وهو مَعدومٌ، وبيعُ مَوجودٍ غيرِ مَملوكٍ، أو مَملوكٍ غيرِ مَقدورِ التَّسليمِ: لا يَصِحُّ، فبيعُ الْمَعدومِ أحَقُّ، ولكنّا تَركناه بما ذَكَرنا.

صحَّ، ولو بلَفظ البيعِ(ز).

ويَصِحُّ بلَفظ البيعِ، بأن يَقولَ: اشتَريتُ منك كُرَّ بُرٍّ صِفتُه كذا بكذا إلى كذا، على

---

(١) رواه الإمام الشافعي (٥٩٧) بترتيب السندي، وعبد الرزاق (١٤٠٦٤)، وابن أبي شيبة (٢٢٣١٩)، والطبراني (١٢٩٠٣)، والحاكم (٣١٣٠)، والبيهقي (١١٠٨٧).

(٢) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ١٥٩: لم أجده هكذا، نعم! هما حديثان: أحدهما: «لا تبع ما ليس عندك»، ثانيهما: الرخصة في السلم، ولم أره بهذا اللفظ، إلا أن القرطبي في «شرح مسلم» ذكره أيضًا. انتهى.

قلت: الأول رواه أبو داود (٣٥٠٣)، والترمذي (١٢٣٢)، والنسائي (٤٦١٣)، وابن ماجه (٢١٨٧).

واستشهد الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ٤٥ للحديث الثاني فقال: وأما الرخصة في السلم: فأخرج الأئمة الستة في كتبهم (البخاري ٢٢٣٩ ومسلم ١٦٠٤) عن أبي المنهال عن ابن عباس قال: قدم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والناس يستلفون في الثمر السنتين والثلاث، فقال: «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم».

أن تُوفِيَه في مَكانِ كذا.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَصِحُّ؛ لأنه عقدٌ خاصٌّ ثَبَت بلفظٍ خاصٍّ بخِلاف القِياسِ، فلا يُعدَلُ عنه.

ولنا: أن كلَّ واحِدٍ منهما تَمليكُ مالٍ بمالٍ، والبيعُ اسمُ جِنسٍ، فأُصِيب به كما يُصابُ زيدٌ باسم جِنسِه.

فيما تَنضبِطُ صِفتُه، ويُعرَفُ قَدْرُه، كوَزنيٍّ مُثْمَنٍ، وكَيليٍّ، وعَدَديٍّ مُتقارِبٍ.

ويَصِحُّ فيما تُضبَطُ صِفتُه ويُعرَفُ قَدْرُه؛ لأن الْمُسلَمَ فيه دَينٌ، وهو يُعرَفُ بالوَصفِ، فإذا أمكَن ضبطُ صِفتِه ومَعرِفةُ قَدْرِه: صَحَّ السَّلَمُ فيه.

وذلك كوَزْنيٍّ مُثْمَنٍ، كدُهنٍ ونحوِه، بخِلاف الدَّراهِمِ والدَّنانيرِ؛ لأنهما أثمانٌ[1] لا مُثْمَنٌ، والْمُسلَمُ فيه مَبيعٌ، فلا بُدَّ أن يَكونَ مُثْمَنًا.

وإذا لم يكن سَلَمًا يَكونُ باطِلًا عندَ ابنِ أبانَ، وعندَ الأعمَشِ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: يَكونُ بيعًا بثَمَنٍ مُؤجَّلٍ؛ تَحصيلًا لِمَقصود العاقِدَين بقَدْرِ الإمكانِ، وقد قَصَدا الْمُبادَلةَ بالدَّراهِمِ الْمُؤجَّلةِ، والاعتِبارُ في العُقود للمَعاني.

وقولُ ابنِ أبانَ أَصَحُّ؛ لأن الْمَعقودَ عليه الْمُسلَمُ فيه، وإنما يُصحَّحُ[2] العقدُ في محَلٍّ أوجَبا[3] العقدَ فيه، وذا غيرُ مُمكِنٍ، ولا وجهَ لتَصحيحه في محَلٍّ آخرَ؛ لأنهما لم يُوجِبا العقدَ فيه.

وهذا إذا أسلَم البُرَّ أو غيرَه من العُروض في النَّقدَين.

---

(١) في (هـ): ثمن.

(٢) في (ج): يصح.

(٣) في (د): أوجب، وفي (و): أوهما.

وكَيليّ، كبُرّ وشَعيرٍ.

والأصلُ في ذلك: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من أسلَم منكم فليُسلِم في كيلٍ مَعلومٍ، ووزنٍ مَعلومٍ، إلى أجَلٍ مَعلومٍ»(١).

كالجَوز، والبيضِ، والفَلْسِ(م)، واللَّبِنِ(٢)، والآجُرِّ(٣)، إن سُمِّي مِلبَنٌ(٤) مَعلومٌ، وذَرْعيٍّ، كثَوبٍ بُيِّن طولُه وعرضُه ورُقعتُه(٥).

وعدَديٌّ مُتقارِبٍ، كالجَوز والبَيضِ؛ لأن الْمُتقارِبَ -وهو ما لا تَتفاوَتُ آحادُه في القِيمة، ويُضمَنُ بالْمِثل- مَعلومٌ، مَضبوطُ الوصفِ، مَقدورُ التَّسليمِ، فيَصِحُّ السَّلَمُ فيه عدَدًا.

والصَّغيرُ والكَبيرُ فيه سَواءٌ؛ لأن هذا التَّفاوُتَ ساقِطُ الاعتِبارِ فيما بينَ النّاسِ، والتَّفاوُتُ بينَ الشَّيئَين إنما يُعتبَرُ لحقِّهم، فإذا أهدَروا التَّفاوُتَ صار وُجودُه وعدَمُه سَواءً، وإذا سَقَط اعتِبارُ التَّفاوُتِ صار من ذَوات الأمثالِ.

---

(١) رواه البخاري (٢٢٣٩)، ومسلم (١٦٠٤)، كلاهما بلفظ السلف بدل الإسلام. وهكذا خرجه الحافظ في «الدراية» ٢/ ١٥٩.

ورواه بلفظ الإسلام: ابن راهويه (٨٣٢)، وابن أبي عاصم في «الآحاد والمثاني» (٢٠٨٢).

(٢) اللَّبِن -ككَتِف-: المضروب من الطين للبناء، واحدته لَبِنَة، مثل كَلِم وكَلِمة. «التعريفات الفقهية» ص٥٧.

(٣) الآجُرّ: اللَّبِن إذا طبخ، بمد الهمزة والتشديد، أشهر من التخفيف، الواحدة: آجُرَّة، وهو معرب. «المصباح» ١/ ٥.

(٤) الْمِلْبن بكسر الميم: ما يلبن به، وهو القالَب. «الطلبة» ص١٢٩.

(٥) رُقعة الثوب: أصله وجوهره. «المختار» ص١٢٧. وقال في «البناية» ٨/ ٣٧٠: وقال تاج الشريعة: يقال: رقعة هذا الثوب جيدة، يراد به غلظته وثخانته، وهو مجاز.

بخِلاف البِطِّيخ أو الرُّمّانِ؛ لتَفاوُت آحادِه تَفاوُتًا فاحِشًا؛ فإنك تَرى بِطِّيخًا بفَلْسٍ وبِطِّيخًا بفَلْسَين، ولا تَرى جَوزةً بفَلْسٍ وجَوزةً بفَلْسَين، وبتَفاوُت الآحادِ في القِيمة يُعرَفُ العدَديُّ الْمُتفاوِتُ، فلهذا لا يَصِحُّ السَّلَمُ فيه عدَدًا.

ورَوى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أن السَّلَمَ لا يَصِحُّ في بَيض النَّعامةِ؛ لتَفاوُت آحادِه في الماليّة.

ثم كما يَصِحُّ السَّلَمُ فيه عدَدًا يَصِحُّ كيلًا؛ لأنه مما يُعلَمُ بالكَيل.

وقال زفرُ رَحِمَهُٱللَّهُ: لا يَصِحُّ كيلًا؛ لأنه عدَديٌّ لا مَكيلٌ، فلا يَصِحُّ كيلًا؛ وهذا لأنه لا نصَّ[1] في الكَيل والوزنِ، فيُعتبَرُ العُرفُ[2]، وهو بالعدِّ.

وعنه: أنه لا[3] يَصِحُّ عدَدًا أيضًا؛ لأنه يَجري النِّزاعُ عندَ التَّسليمِ والتَّسلُّمِ بسَبَب التَّفاوُتِ، فصار كالسَّفَرْجَل والقِثّاءِ.

قُلنا: الْمِقدارُ يُعرَفُ بالكَيل مرّةً، وبالعدِّ أُخرى، فتَنقطِعُ الْمُنازَعةُ بينَهما بذِكر الكيلِ أو العدِّ.

والفَلْسِ، فيَصِحُّ السَّلَمُ فيه عدَدًا، خِلافًا لمحمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ؛ لأنه ثمَنٌ ما دام رائِجًا، والْمُسلَمُ فيه مَبيعٌ، فما هو ثمَنٌ لا يَصِحُّ أن يَكونَ مُسلَمًا فيه، كالنَّقدَين، وبعدَ[4] الكَسادِ قِطعةُ صُفْرٍ مَوزونةٌ، فلا يَصِحُّ السَّلَمُ فيه عدَدًا.

ولهما: أن ثَمَنيّتَه عارِضةٌ باصطِلاح النّاسِ، والعاقِدان أعرَضا عن هذا الاصطِلاحِ

---

(١) في (و): لا يصح.

(٢) في (ج): الفرق.

(٣) سقطت من (د).

(٤) في (ج): وبهذا.

حينَ عَقَدا السَّلَمَ فيه، وما أعرَضا عن الاصطِلاح على كَونه عدَديًّا، وليس من ضَرورة خُروجِه عن الثَّمَنيّةِ في حقِّهما خُروجُه عن أن يَكونَ عدَديًّا، كالجَوز والبَيضِ[1].

واللَّبِنِ والآجُرِّ إن سُمِّي مِلبَنٌ مَعلومٌ؛ لأن آحادَهما لا تَختلِفُ في الماليّة، فكانا عدَدَين[2] مُتقارِبَين[3].

وذَرْعيٍّ، كثَوبٍ بُيِّن طُولُه وعَرْضُه ورُقعتُه[4].

اعلَم أن السَّلَمَ يَصِحُّ في الثِّياب كلِّها إذا شَرَط ضربًا مَعلومًا، وطُولًا وعَرْضًا بذِراعٍ مَعلومٍ، وصِفةً مَعلومةً؛ لأن مِقدارَ الماليّةِ يَصيرُ مَعلومًا بذِكر هذه الأشياءِ، والتَّفاوُتُ اليَسيرُ بعدَها غيرُ مُعتبَرٍ؛ لأنه لا يُفضِي إلى الْمُنازَعة المانِعةِ من التَّسليم والتَّسلُّمِ.

ولا يُشترَطُ الوزنُ، إلا إذا أسلَم في الحَرير، فإنه لا بُدَّ من بَيان وزنِه أيضًا؛ لأن قِيمةَ الحَريرِ تَختلِفُ باختِلاف الوزنِ.

لا في حَيَوانٍ[ف]، وأطرافِه، وجُلودٍ عَدَدًا، وحَطَبٍ أو رَطْبةٍ حُزَمًا[5]، وجَوهَرٍ، وخَرَزٍ[6].

وما لا تُضبَطُ صِفتُه، ولا يُعرَفُ قَدْرُه: لا يَصِحُّ السَّلَمُ فيه؛ لأنه بدُون الوصفِ يَبقى مَجهولًا، فتُفضِي الجَهالةُ إلى الْمُنازَعة المانِعةِ من التَّسليم والتَّسلُّمِ، وذلك كالحَيَوان،

(١) انظر التعليق الذي قدمته على قول المصنف في كتاب الشركة: (ولا تصح بغير النقدين).

(٢) في (د): عدديين.

(٣) في (ج): متفاوتين.

(٤) في (ب): ورفعته، وفي (هـ): ورفعه، والمثبت من (ج).

(٥) كل شيء جمعته كالإضبارة فقد حزمته، ومنه سميت الحُزمة من الحطب وغيره. «الجمهرة» ١/ ٥٢٨.

(٦) الخَرَز بفتحتين: الذي يُنظم، الواحدة خَرَزة. «المختار» ص٨٩.

فالسَّلَمُ لا يَصِحُّ فيه.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَصِحُّ؛ لأنه إذا بَيَّن جِنسَه، ونَوعَه، وسِنَّه وصِفتَه، بأن يَقولَ: (إبِلٌ بُختيٌّ، بِنتُ مَخاضٍ، جيِّدٌ)، أو (عبدٌ تركيٌّ، ابنُ عِشرين سنةً، جيِّدٌ): يَصيرُ مَعلومًا، والجَهالةُ القَليلةُ بعدَها لا تَمنَعُ صِحّةَ السَّلَمِ، كما في الثِّياب.

ولنا: أنه أسلَم في مَجهولٍ، فلا يَصِحُّ، كما في الجَواهِر الكِبارِ؛ وهذا لأن بعدَ ذِكرِ ما ذَكَره الخصمُ يَبقى تَفاوُتٌ عَظيمٌ في الماليّة باعتِبار مَعانٍ أُخَرَ، كالصَّباحة، والْمَلاحةِ، والفَصاحةِ، والخُلُقِ الحسَنِ، والذِّهنِ، والكَياسةِ، وحُسنِ السَّيرِ والْمَنظَرِ في الدَّوابّ.

فإنك تَرى عَبدَين أو أمتَين مُتَّفِقَين[1] في الأَوصاف الْمَشروطةِ، ومع ذلك يُساوِي أحَدُهما بأُلوفٍ، والآخَرُ بألفٍ، قال الشّاعرُ:

ألا رُبَّ فردٍ يَعدِلُ الألفَ زائِدًا وألفٍ تَراهم لا يُساوُون واحِدًا

وهذه مَعانٍ لا تُضبَطُ بالوَصف، فتَبقى جَهالةٌ فاحِشةٌ مُفضِيةٌ إلى الْمُنازَعة المانِعةِ من التَّسليم والتَّسلُّمِ.

ولا يَلزَمُ الثِّيابُ: لأنها خُصَّت عن القِياس بأثَر عليٍّ وابنِ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، فإنهما أَجازا السَّلَمَ في الثِّياب[2]، ووُرودُ الأثَرِ ثَمَّ لا يَكونُ وُرودًا هنا؛ لأن الثِّيابَ مَصنوعةُ

---

(١) في (د): متفقتين.

(٢) روى ابن أبي شيبة (٢١٤١٠) عن ابن عباس أنه سئل عن السلم في الكرابيس فقال: لا بأس إذا كان في ذرع معلوم إلى أجل معلوم.

وروى بعده عن إبراهيم قال: كان ابن مسعود لا يرى بالسلم في كل شيء بأسًا إلى أجل معلوم، ما خلا الحيوان.

وقال البيهقي في «المعرفة» ٨/ ١٩٩: قال الشافعي: وما حكيت من أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ =

العِبادِ، والعبدُ إنما يَصنَعُ بآلةٍ، فإذا اتَّحَد الصّانِعُ والآلةُ يَتَّحِدُ المَصنوعُ، والتَّفاوُتُ اليَسيرُ بعدَه لا يُعتبَرُ، كالتَّفاوُت بينَ الجيِّدِ والجيِّدِ في البُرِّ.

فأما الحيَوانُ: فصُنعُ اللهِ تَعالى، وذلك يَكونُ على ما يُريدُه، كيف وقد صَحَّ عن ابنِ عباسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُما أن النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهى عن السَّلَم في الحَيَوان[1]؟!

ويَدخُلُ فيه[2] جَميعُ أجناسِه، حتى العَصافيرُ.

فإن قِيل: السَّلَمُ في الحَيَوان إنما لا يَصِحُّ لتَفاوُتٍ يَعتبِرُه النّاسُ فيه، والتَّفاوُتُ في العَصافيرِ غيرُ مُعتبَرٍ بينَهم، فيَنبَغي أن يَصِحَّ السَّلَمُ فيها.

قُلنا: العِبرةُ في المَنصوص عليه لعَينِ النَّصِّ لا للمَعنى، والنَّصُّ لم يَفصِل بينَ حيَوانٍ وحيَوانٍ.

ولا في أطرافِه، كالرُّؤوس والأكارِعِ؛ لأنها عدَديةٌ مُتفاوِتةٌ.

فالتَّفاوُتُ بينَ رأسٍ ورأسٍ، وكُراعٍ وكُراعٍ: مُعتبَرٌ فيما بينَ النّاسِ، ويُماكِسون لأجله.

ولو أسلَم فيه وزنًا اختَلَفوا فيه.

ولا في جُلودِه عدَدًا؛ للتَّفاوُت، إلا إذا بَيَّنَ الطُّولَ والعَرْضَ والصِّفةَ.

=جعل على أهل نجران ثيابًا معروفة، عن أهل العلم بمكة ونجران، ولا أعلم خلافًا في أنه يجوز أن يسلم في الثياب بصفة، وأجاز السلف في كل ما يقع عليه الصفة، ويكون مأمون الانقطاع في الوقت الذي يحل فيه.

ولم أقف على أثر علي رضي الله تعالى عنه. وفي «المبسوط» ٧/ ٧٩: ستحت تلك بحديث ابن عباس على ما مر، وبحديث علي فإنه قال: لا بأس بالسلم في الثياب.

(١) رواه الدارقطني (٣٠٥٩)، والحاكم (٢٣٤١).

(٢) أي في الحيوان.

وقال مالكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَصِحُّ السَّلَمُ في رُؤوس الحيَوانِ وجُلودِه عدَدًا؛ للتَّقارُب[1].

ولا في الحُطَب حُزَمًا، ولا في الرَّطْبة جُرَزًا؛ للتَّفاوُت، إلا إذا بَيَّن طُولَ ما تُشَدُّ به الحُزمةُ أنه شِبرٌ أو ذِراعٌ، فحينَئذٍ يَجوزُ إذا كان يُعرَفُ به ولا يَتفاوَتُ.

ولا في الجَواهِر والخرَزِ؛ لأنها عدَديّةٌ مُتفاوِتةٌ؛ لتَفاوُت آحادِها في الماليّة بالضَّوء والتَّدويرِ.

وفي صِغار اللّآلئِ التي تُباعُ وزنًا يَصِحُّ السَّلَمُ فيها؛ لأنها تُعلَمُ بالوَزن.

ومُنقطِعٍ[ف]، ولو انقَطَع بعدَ الْمَحِلِّ لم يَفسُد[2].

ولا في الْمُنقطِع عن أيدِي النّاسِ.

وهذه الْمَسألةُ على وُجوهٍ:

إن كان الْمُسلَمُ فيه مَوجودًا عندَ العقدِ، مُنقطِعًا عن أيدِي النّاسِ عندَ حُلولِ الأجَلِ: لا يَصِحُّ اتِّفاقًا.

وإن كان مُنقطِعًا وقتَ العقدِ، مَوجودًا في أيدِي النّاسِ عندَ المحِلِّ، أو كان مَوجودًا عندَ العقدِ وعندَ المحِلِّ، مُنقطِعًا فيما بينَهما: لا يَصِحُّ عندَنا، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وإن كان مَوجودًا من وَقت العقدِ إلى وَقت المحِلِّ: يَصِحُّ اتِّفاقًا.

له: أن القُدرةَ على التَّسليم إنما تُشترَطُ حالَ وُجوبِ التَّسليمِ، والْمُسلَمُ فيه مَقدورُ التَّسليمِ عندَ وُجوبِه، وهو زَمانُ حُلولِ الأجَلِ، فيَصِحُّ العقدُ، كما لو كان مَوجودًا من وَقت العقدِ إلى وَقت المحِلِّ.

---

(١) في (ب) و(د): للتفاوت، وفي (ج) تحتمل الوجهين.

(٢) في (ن): (خير[ن]) بدل (لم يفسد).

ولنا: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا تُسلِفوا في الثِّمار حتى يَبدوَ صَلاحُها»[1]، فالحَديثُ دَلَّ على أن الوُجودَ مُعتبَرٌ من وَقت العقدِ إلى وَقت المحِلِّ.

ولأنه أسلَم في غَير مَقدورِ التَّسليمِ، فلا يَصِحُّ؛ وهذا لأنه مَعدومٌ حالَ العقدِ، والْمَعدومُ لا يُقدَرُ على تَسليمه، وإنما يَصيرُ مَقدورَ التَّسليمِ بالوُجود، وهو مَوهومٌ، وبالْمَوهوم لا تَثبُتُ القُدرةُ على التَّسليم.

نعم! القُدرةُ على التَّسليم تُشترَطُ حالَ وُجوبِه، ولكن كلُّ وقتٍ بعدَ العقدِ يَجوزُ أن يَكونَ حالَ وُجوبِه؛ لاحتِمال أن يَموتَ الْمُسلَمُ إليه فيَحِلَّ الأجَلُ.

وإن كان الْمُسلَمُ فيه مَوجودًا من وَقت العقدِ إلى المحِلّ، فلم يَأخُذه بعدَ المحِلِّ حتى انقَطَع عن أيدِي النّاسِ: خُيِّر ربُّ السَّلَمِ بينَ أن يَفسَخَ ويَأخُذَ رأسَ المالِ، وبينَ أن يَنتظِرَ وُجودَه، فيَأخُذَ ما أسلَم فيه.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَبطُلُ العقدُ، ويَستردُّ رأسَ المالِ؛ للعَجز عن تَسلِيمه، فصار كما لو هَلَكَ الْمَبيعُ في بَيع العَينِ قبلَ التَّسليمِ.

ولنا: أن السَّلَمَ قد صَحّ، وتَعذَّر تَسليمُ الْمَعقودِ عليه بعارِضٍ على شَرَف الزَّوالِ، فيُخيَّرُ العاقِدُ فيه، كما لو أبَق الْمَبيعُ قبلَ القبضِ.

---

(١) رواه أبو داود (٣٤٦٧)، وابن ماجه (٢٢٨٤). بلفظ «النخل» بدل «الثمار»، ولفظ الثمار ورد عند أبي عوانة (٥٥٢١).

وأشار في «الدراية» ٢/ ١٥٩ إلى رواية البخاري عن أبي البختري الطائي قال: سألت ابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا عن السلم في النخل، قال: نهى النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع النخل حتى يوكل منه، وحتى يوزن، فقال الرجل: وأي شيء يوزن؟ قال رجل إلى جانبه: حتى يحرز.

قلت: وكذلك رواية البخاري (٢٢٤٧) عن أبي البختري قال: سألت ابن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا عن السلم في النخل فقال: نهي عن بيع النخل حتى يصلح، وعن بيع الورق نساء بناجز.

وبه فارَق هَلاكَ الْمَبيعِ، فالْمَعقودُ عليه ثَمَّ فات أصلًا.

وحدُّ الانقِطاعِ: أن لا يُوجَدَ في سُوقٍ يُباعُ فيه، وإن كان قد يُوجَدُ في البُيوت.

وسَمَكٍ طَرِيٍّ في غَير حينِه، وصحَّ وزنًا(ز) لو مالِحًا، ولحمٍ(س م ر)، وبمِكيالٍ أو ذِراع لم يُدْرَ قَدْرُه، وبُرِّ قَريةٍ، أو تمرِ نَخلةٍ مُعيَّنةٍ.

ولا في السَّمَك الطَّرِيّ في غَير حينِه وزنًا وعدَدًا؛ لأنه يَنقطِعُ عن أيدِي النّاسِ، خُصوصًا في الشِّتاء؛ لانجِماد الماءِ، حتى لو كان في بلَدٍ لا يَنقطِعُ يَصِحُّ مُطلَقًا.

وإن كان في حِينه: يَصِحُّ وزنًا لا عدَدًا؛ لأنه عدَديٌّ مُتفاوِتٌ، وإنما يَرتفِعُ التَّفاوُتُ بذِكر الوزنِ.

وعن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن السَّلَمَ لا يَصِحُّ في الكِبار من السَّمَك التي تُقطَعُ وزنًا، كالسَّلَم في اللَّحم؛ لجَرَيان الْمُماكَسةِ في نَزع عظمِها، واختِلافِ رَغَباتِ النّاسِ باختِلاف مَوضِعِها(1).

وصَحَّ السَّلَمُ في السَّمَك المالِحِ وزنًا مَعلومًا، وضربًا مَعلومًا؛ لكَونه مَعلومَ القَدْرِ، مَضبوطَ الوصفِ، مَقدورَ التَّسليمِ؛ لأنه غيرُ مُنقطِعٍ، ولا يَصِحُّ عدَدًا لتَفاوُت آحادِه.

وعن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن السَّلَمَ في السَّمَك لا يَصِحُّ بحالٍ؛ لأنه لحمٌ، فصار كالسَّلَم في اللَّحم، ولا سَلَمَ في اللَّحم عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا: يَصِحُّ إن بَيَّن جِنسَه، ونَوعَه، وسِنَّه، وصِفتَه، ومَوضِعَه، وقَدْرَه، كشاةٍ، ثَنِيٍّ، خَصِيٍّ(2)، سَمينٍ من الجَنب، مِائةِ مَنٍّ؛ لأنه مَوزونٌ عادةً مَعلومٌ ببَيان هذه الأشياءِ، ولهذا

---

(1) في (ب): موضوعها، وفي (هـ): مواضعها.

(2) في (هـ): ككبش خصي... إلخ.

يُضمَنُ بالْمِثل في ضَمان العُدوانِ، ويَصِحُّ استِقراضُه وزنًا، والاستِقراضُ[1] لا يَصِحُّ إلا في الْمِثليّات، ويَجري فيه رِبا الفضلِ بقِلّة الوزنِ، والوزنُ وُضِع لتَقدير الْمِثليّاتِ[2]، وكان[3] مُنضبِطًا، فصَحَّ السَّلَمُ فيه، كما في الأَلْية والشَّحمِ[4].

بخِلاف لحمِ الطُّيورِ؛ لأنه[5] لا يُقدَرُ على وَصف مَوضِعٍ منه.

وله: أن اللَّحمَ يَقِلُّ عندَ عِظَمِ العَظْمِ، ويَكثُرُ عندَ صِغَرِه، فكان السَّلَمُ فيه[6] مَجهولًا.

وهذا التَّعليلُ يَقتَضي صِحّةَ السَّلَمِ إذا كان مَنزوعَ العظمِ.

ولأن[7] اللَّحمَ يَتفاوَتُ بتَفاوُت السِّمَنِ والهُزالِ، وذا يَختلِفُ باختِلاف فُصولِ السَّنةِ، فما يُعَدُّ سَمينًا في الشِّتاء يُعَدُّ مَهزولًا في الصَّيف، وهذه جَهالةٌ مُفضِيةٌ إلى النِّزاع.

وهذا التَّعليلُ يَقتَضي أن لا يَصِحَّ السَّلَمُ فيه وإن كان مَنزوعَ العظمِ، وهو **الأَصَحُّ**؛ لجَواز أن يَكونَ مَعلولًا بعِلّتَين، فعدَمُ[8] إحداهما لا يَدُلُّ على الجَواز.

والتَّضمينُ بالْمِثل مَمنوعٌ، فاللَّحمُ من ذَوات القِيَمِ في رِواية بُيوعِ «الجامعِ».

والاستِقراضُ وزنًا مَمنوعٌ أيضًا، ولئن سُلِّم فالْمِثلُ أعدَلُ من القِيمة؛ لأنه يُماثِلُه صُورةً ومعنًى، والقِيمةُ لا تُماثِلُه صُورةً، والْمُوجَبُ الأصليُّ ردُّ العَينِ فيهما، والْمِثلُ

(١) في (هـ): والاستقراض وزنًا.

(٢) في (هـ): الوزنيات.

(٣) في (ج) و(و): فكان.

(٤) في (ب): واللحم.

(٥) غير مثبتة في (أ) و(هـ).

(٦) في (ج) و(د): المسلم فيه.

(٧) في (و): لأن.

(٨) في (أ) و(ب): بعدم.

أقربُ إلى العَين، فكان أعدلَ منها.

ولأن القبضَ محسوسٌ مُعايَنٌ في القَرض[1] وأختِه[2]، فأمكن اعتِبارُ الْمَقبوضِ ثابتًا بالأوّل، والسَّلَمُ يَقعُ على الْمَوصوف في الذِّمّة، وبالوَصف عندَ العقدِ لا يُعرفُ الْمَوجودُ عندَ المحِلّ.

ولا بمِكيال رَجُلٍ بعَينه، أو بذِراع رَجُلٍ بعَينه.. إذا لم يُدْرَ قَدْرُه؛ لأن القُدرةَ على التَّسليم وقتَ وُجوبِه شرطٌ، وذا لا يَتحقَّقُ إلا ببَقاء ما عَيَّنه من الْمِكيال والذِّراعِ إلى وَقت المحِلِّ، وبقاؤُه مَوهومٌ، فربما يَضيعُ قبلَه، فيُفضِي إلى النِّزاع، بخِلاف بيعِ العَينِ؛ فإنه يَصِحُّ؛ لِما مَرّ.

ولا بُدَّ أن يَكونَ الْمِكيالُ مما لا يَنقبِضُ ولا يَنبسِطُ، كالقَصْعة ونحوِها، فإن كان مما[3] يَنكبِسُ بالكَبْس فيه، كالزِّنبيل والجِرابِ: لا يَصِحُّ؛ لتَمكُّن الْمُنازَعةِ، إلا في قِرَب الماءِ استِحسانًا؛ للتَّعامُل فيه، كذا عن أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ولا في طَعام قَريةٍ مُعيَّنةٍ، أو تمرِ نَخلةٍ مُعيَّنةٍ؛ لأن القُدرةَ على التَّسليم عندَ وُجوبِه[4] شرطُ صِحّةِ العقدِ، ولا قُدرةَ إلا بوُجود الْمُسلَمِ فيه، ووُجودُه مَوهومٌ، فربما تَعتَريه آفةٌ تُعجِزُه عن التَّسليم، واحتِمالُ الفَسادِ في هذا العقدِ مُلحَقٌ بحَقيقة الفَسادِ، وإليه أشار النَّبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بقَوله: «أرأيت لو أذهَب اللهُ ثَمرتَه، بم يَستحِلُّ أحَدُكم مالَ أخِيه؟!» حينَ سُئِل عن السَّلَم في ثَمر[5] حائِطٍ بعَينه[6].

(١) في (ب): في القبض.

(٢) أي السلم، وفي (ب): واجبة، وفي (د) غير منقوطة، وفي (هـ): راحته.

(٣) في (هـ): مما لا.

(٤) في (هـ): وجوده.

(٥) في (ب): تمرة، وفي (هـ): تمر، وفي (د) غير منقوطة.

(٦) رواه البخاري (٢٢٠٨) ومسلم (١٥٥٥) بلفظ: «أرأيت إن منع الله الثمرة»، وبدون ذكر السؤال.

ولو كانت النِّسبةُ إلى قَريةٍ لبَيان الصِّفةِ لا لتَعيين الْمَكانِ، كالخُشْمُرانيِّ ببُخارى، والبِساخِيِّ بفَرْغانةَ: يَصِحُّ؛ لأن ذِكرَه لبَيان الجَودةِ.

وشرطُه: بَيانُ الجِنسِ، والنَّوعِ، والصِّفةِ، والقَدْرِ، والأجَلِ[ف]، وأقلُّه: شهرٌ[ر]، وقَدْرِ رأسِ[س م] المالِ في الْمَكيل والْمَوزونِ والْمَعدودِ، ومَكانِ الإيفاءِ[س م] فيما له حَمْلٌ، ومِثلُه الثَّمَنُ، والأُجرةُ، والقِسمةُ، وما لا حَمْلَ له: يُوفِيه حيث شاء.

وشرطُ جَوازِ السَّلَمِ بَيانُ جِنسِ الْمُسلَمِ فيه، كبُرٍّ أو شَعيرٍ، وبَيانُ نوعِه، كسَقِيَّةٍ أو بَخْسيَّةٍ، وبَيانُ صِفتِه، كجيِّدٍ أو رَديءٍ، وبَيانُ قَدْرِه، مِثلُ: (كذا كيلًا) بمِكيالٍ مَعروفٍ، أو (كذا وزنًا).

لأنه إذا لم تُبيَّن هذه الأشياءُ تَقَعُ الْمُنازَعةُ المانِعةُ من التَّسليم والتَّسلُّمِ بينَ ربِّ السَّلَمِ والْمُسلَمِ إليه؛ لأن الْمُسلَمَ فيه يَختلِفُ باختِلاف الجِنسِ والنَّوعِ والصِّفةِ والقَدْرِ، فربما يُعطي الْمُسلَمَ إليه جِنسًا أو نوعًا أو قَدْرًا غيرَ ما يُطالِبُه ربُّ السَّلَمِ، وليس الرُّجوعُ إلى قَول أحَدِهما بأحَقَّ من الآخَر؛ لأن كلَّ واحِدٍ يَحتجُّ بمُطلَق الاسمِ، فلا بُدَّ من بَيان هذه الأشياءِ لتَنقطِعَ الْمُنازَعةُ.

وبَيانِ الأجَلِ، فلا يَصِحُّ السَّلَمُ إلا مُؤجَّلًا.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَصِحُّ حالًّا ومُؤجَّلًا؛ لأنه صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهى عن بَيع ما ليس عندَ الإنسانِ، ورَخَّص في السَّلَم[1]، مُطلَقًا، فاشتِراطُ التَّأجيلِ فيه زِيادةٌ على النَّصِّ.

ولأنه بيعُ ما في الذِّمّة، فصَحَّ حالًّا، كبَيع العَينِ.

ولنا: قولُه صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من أسلَم منكم فليُسلِم في كَيلٍ مَعلومٍ، ووزنٍ مَعلومٍ،

---

(١) تقدم تخريجه.

إلى أجَلٍ مَعلومٍ»[1].

قال صاحِبُ «الأسرارِ» فيه: وظاهِرُه يُحرِّمُ السَّلَمَ على من أراد إلا بهذه الأوصافِ، كمَن قال لآخرَ: (من دَخَل داري فلْيَدخُل غاضَّ البصَرِ)، فيَتقيَّدُ الْمُطلَقُ في حَديث الرُّخصةِ بهذا.

وفيه إشكالٌ؛ لأنه لا يَقتَضي انحِصارَ ما جاز من السَّلَم في الْمَذكور في الحَديث؛ إذ السَّلَمُ صَحَّ في الْمَذروع والْمَعدودِ، فكان الحَديثُ ساكِتًا عن بَيان السَّلَمِ الحالِّ، وما رَواه ناطِقٌ، فيَصِحُّ.

ويُمكِنُ أن يُقالَ: إن الأصلَ عدَمُ جَوازِ السَّلَمِ؛ لكَونه بيعَ ما ليس عندَ الإنسانِ، وما وَرَد النَّصُّ بجَوازه إلا مُؤجَّلًا، فلا يَصِحُّ إلا مُؤجَّلًا، وما رُوِي حِكايةُ حالٍ، فلا عُمومَ له، وقد أُرِيد به السَّلَمُ الْمُؤجَّلُ إجماعًا، فلم يُرَد غيرُه؛ لئلا يَتعمَّمَ.

ولأن القُدرةَ على تَسليم الْمَعقودِ عليه شرطُ صِحّةِ العقدِ، فما به تَثبُتُ القُدرةُ -وهو الأجَلُ الذي به يُتمكَّنُ من تَحصيله- يَكونُ شرطًا ضَرورةً؛ وهذا لأن السَّلَمَ عقدُ الْمَفاليسِ؛ إذ لا يُعرِضُ عن البَيع بأوفَر الأثمانِ إلى أوكَسها إلا مُفلِسٌ، وإنما شُرِع رُخصةً دفعًا لحَاجتهم، والرُّخصةُ ما استُبِيح بعُذرٍ مع قِيامِ الْمُحرِّمِ، وهو العجزُ عن التَّسليم هنا، ولو قَدَر على تَسليمه لم يُوجَد الْمُرخِّصُ، فبَقِي على الأَصل، وهو عدَمُ الجَوازِ.

ولا يَصِحُّ إلا بأجَلٍ مَعلومٍ؛ لِما رَوَينا، ولأن جَهالتَه تُفضِي إلى النِّزاع.

وأقلُّ الأجَلِ شهرٌ في الأصَحّ، وعليه الفَتوى؛ لأن من حَلَف لَيَقضِيَنَّ حقَّه[2] عاجِلًا،

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في (ب): دينه، وفي (هـ): ذمته.

فقضاه قبلَ تَمامِ الشَّهرِ: بَرّ.

وإذا كان ما دونَ الشَّهرِ في حُكم العاجِلِ كان الشَّهرُ وما فوقَه في حُكم الآجِلِ.

وقِيل: ثَلاثةُ أيّامٍ، كالأجَل في شَرط الخِيارِ.

وقِيل: أكثرُ من نِصف يومٍ؛ لأن الْمُعجَّلَ ما قُبِض في الْمَجلِس، والْمُؤجَّلَ ما لم يُقبَض فيه، ولا يَبقى الْمَجلِسُ بينَهما أكثَرَ من نِصف يومٍ عادةً.

وبَيانِ قَدْرِ رأسِ المالِ، وإن كان مُشارًا إليه فيما يَتعلَّقُ العقدُ على مِقداره، كالْمَكيل والْمَوزونِ والْمَعدودِ.

وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: لا يُشترَطُ مَعرِفةُ القَدْرِ بعدَ التَّعيينِ بالإشارة، حتى لو قال لغَيره: (أسلَمتُ إليك هذه الدَّراهِمَ في كُرِّ بُرٍّ)، ولم يَدْرِ وزنَ الدَّراهِمِ، أو قال: (أسلَمتُ إليكَ هذا البُرَّ في كذا مَنًّا من الزَّعفَران)، ولم يَدْرِ قَدْرَ البُرِّ: لا يَصِحُّ عندَه، وعندَهما: يَصِحُّ(١).

وأجمَعوا أن رأسَ المالِ لو كان ثَوبًا أو حيَوانًا يَصيرُ مَعلومًا بالإشارة.

لهما: أن الْمَقصودَ هو الإعلامُ؛ لتَحصُلَ القُدرةُ على التَّسليم ويَنقطِعَ النِّزاعُ، وذا حاصِلٌ بالإشارة إلى العَين؛ لأنها أبلَغُ أسبابِ التَّعريفِ، فلا يُشترَطُ إعلامُ القَدْرِ، كما في الثَّمَن، والأُجرةِ، والثَّوبِ، فإنه لا يُشترَطُ إعلامُ ذُرْعانِ الثَّوبِ إذا كان رأسَ المالِ إجماعًا، والذَّرْعُ في الْمَذروعات للإعلام، كالقَدْر في الْمُقدَّرات.

وله: أن جَهالةَ قَدْرِ رأسِ المالِ تُفضِي إلى جَهالة الْمُسلَمِ فيه؛ لأن الْمُسلَمَ إليه يُنفِقُ رأسَ المالِ شيئًا فشيئًا، وربما يَجِدُ بعضَه زُيوفًا؛ لأن الدَّراهِمَ لا تَخلو عنه، فيَرُدُّه

---

(١) في (هـ): لا يصح عندهما وعنده يصح.

ولا يَستبدِلُه في مَجلِس الرَّدِّ، وقد أنفَق ما عَداه، فيَبطُلُ العقدُ بقَدْر ما رَدَّه، فإذا لم يكن رأسُ المالِ مَعلومًا لم يُدْرَ في كم انتَقَض[1] السَّلَمِ وفي كم بَقِي، وإذا كان قَدْرُ رأسِ المالِ مَعلومًا يُوزَنُ الْمَردودُ، فيُعلَمُ به في كم انتَقَض العقدُ، وما يُفضِي إلى جَهالة الْمُسلَمِ فيه يَجِبُ الاحتِرازُ عنه، وإن كان مَوهومًا.

ولأنه ربما يَفسَخُ العقدَ؛ لعَجزه عن تَسليم الْمُسلَمِ فيه، فيَحتاجُ إلى ردِّ رأسِ المالِ، والظَّاهرُ أنه لا يَكونُ قائِمًا، فلا يَدري كم يَرُدُّ، فيُفضِي إلى الْمُنازَعة أو إلى الرِّبا.

ولا يُقالُ: هذا مَوهومٌ، والْمَوهوماتُ لا تُعتبَرُ: لأن الْمَوهومَ في هذا العقدِ كالْمُتحقِّق؛ لأنه شُرِع مع الْمُنافِي؛ لكَونه بيعَ الْمَعدومِ، وشرطُ جَوازِ البيعِ وُجودُ الْمَبيعِ؛ ألا تَرى أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كيف اعتبَر الهَلاكَ الْمَوهومَ في ثَمَر حائِطٍ بعَينه[2].

بخِلاف ما لو كان رأسُ المالِ ثَوبًا؛ لأن الذَّرْعَ صِفةٌ لا يَتعلَّقُ العقدُ على مِقداره، وإعلامُ الوصفِ بعدَ الإشارةِ ليس بشرطٍ، ولهذا لو اشتَرى ثَوبًا على أنه عشَرةُ أذرُعٍ، فوَجَده أحدَ عشَرَ: تَسلَمُ له الزِّيادةُ، ولو وَجَده تِسعةً لا يُحَطُّ عنه شيءٌ من الثَّمَن.

والْمُسلَمُ فيه لا يَنقسِمُ على عَدَد الذُّرعانِ ليُشترَطُ إعلامُه[3]؛ لأن الأوصافَ لا يُقابِلُها شيءٌ، فجَهالةُ قَدْرِ الذُّرعانِ لا تُؤدِّي إلى جَهالة الْمُسلَمِ فيه، وهنا الْمُسلَمُ فيه بمُقابَلة الْمُقدَّراتِ، فيُؤدِّي إلى جَهالة الْمُسلَمِ فيه، فيَفسُدُ العقدُ.

ومن فُروعه: إذا أسلَم مِائةَ دِرهَمٍ في كُرِّ بُرٍّ وكُرِّ شَعيرٍ، ولم يُبيِّن رأسَ مالِ كلِّ واحِدٍ منهما: لا يَصِحُّ؛ لأن إعلامَ قَدْرِ رأسِ المالِ شرطٌ، فتَنقسِمُ الْمِائةُ على البُرِّ والشَّعيرِ

---

(١) في (ب): انتقص.

(٢) يشير إلى حديث: «أرأيت لو أذهب الله ثمرته...» وقد تقدم.

(٣) في (هـ): إعلانه.

باعتِبار القِيمةِ، وهي تُعرَفُ بالحَزْرِ والظَّنِّ، فلا يَكونُ قَدْرُ رأسِ مالِ كلِّ واحِدٍ منهما مَعلومًا، حتى لو كانا من جِنسٍ واحِدٍ يَصِحُّ؛ لأن رأسَ المالِ يَنقسِمُ عليهما على السَّواء.

أو أسلَم جِنسَين، ولم يُبيِّن مِقدارَ أحَدِهما، بأن أسلَم دَراهِمَ ودَنانيرَ[1] في كُرِّ بُرٍّ، وقد عُلِم وزنُ أحَدِهما، ولم يُعلَم وزنُ الآخَرِ: لا يَصِحُّ عندَه؛ لأن إعلامَ قَدْرِ رأسِ المالِ شرطٌ عندَه، فإذا لم يُعلَم أحَدُهما بَطَل العقدُ في حِصّته، فيَبطُلُ في حِصّة الآخَرِ؛ لجَهالة حِصّةِ الآخَرِ، أو لاتِّحاد الصَّفْقةِ.

وبَيانِ مَكانِ الإيفاءِ فيما له حَمْلٌ ومُؤْنةٌ، كالبُرِّ ونحوِه.

وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: ليس بشرطٍ، ولكن إن شَرَطاه صَحّ، وإن لم يَشترِطاه يَتعيَّنُ مَكانُ العقدِ للتَّسليم؛ لأن التَّسليمَ وَجَب بالعَقد، فيَتعيَّنُ مَكانُ العقدِ للتَّسليم، كما في البَيع.

ولأنه لا يُزاحِمُه مَكانٌ آخَرُ، فيَتعيَّنُ ضَرورةً، كأوَّل أوقاتِ الإمكانِ في الأوامِرِ[2] الْمُطلَقةِ على قَول الكَرْخيِّ رَحِمَهُٱللَّهُ، وصار كالقَرض والغصبِ.

وله أن يُعيِّنَ مَكانَ العقدِ إما بالتَّعيين صَريحًا، ولم يُوجَد، أو ضَرورةَ وُجوبِ التَّسليمِ عليه في الحال، كما في القَرض والغصبِ، ولم يُوجَد؛ إذ السَّلَمُ لا يَصِحُّ إلا مُؤَجَّلًا، فلا يَتعيَّنُ مَكانُ العقدِ للإيفاء.

فإذا لم يَتعيَّن، ولم يُعيِّنا مَكانًا آخَرَ: يَبقى مَكانُ الإيفاءِ مَجهولًا، وجَهالتُه تُفضي إلى النِّزاع، كجَهالة[3] الصِّفةِ؛ لأن قِيَمَ الأشياءِ تَختلِفُ باختِلاف الأماكِنِ فيما له حَمْلٌ

---

(١) في (أ): أو دنانير.

(٢) في (هـ): الأواخر.

(٣) في (د): لجهالة.

ومُؤنةٌ، كما تَختلِفُ باختِلاف الصِّفةِ.

وعن هذا قِيل: إن الاختِلافَ في بَيان مَكانِ الإيفاءِ يُوجِبُ التَّحالُفَ عندَه، كالاختِلاف في الصِّفة.

وقِيل: على عَكسه؛ لأن تَعيُّنَ الْمَكانِ قَضِيّةُ العقدِ عندَهما، حتى لم يُحتَج إلى ذِكره، فكان اختِلافًا في مُوجَب العقدِ، فيَتحالَفان، كما لو اختَلَفا في الثَّمَن ورأسِ المالِ.

وعندَه: قَضِيّةُ الشَّرطِ، حتى احتِيج إلى ذِكره، فكان كالاختِلاف في شَرط الخِيارِ والأجَلِ.

وعلى هذا الخِلافِ: الثَّمَنُ الْمُؤجَّلُ، بأن باع عبدًا حاضِرًا ببُرٍّ مَوصوفٍ في الذِّمّة إلى أجَلٍ.. يُشترَطُ بَيانُ مَكانِ الإيفاءِ للبُرِّ عندَه في الصَّحيح، وعندَهما: يَتعيَّنُ مَكانُ العقدِ.

والأُجرةُ[1]، بأن استأجَر دارًا أو دابّةً بما له حَمْلٌ ومُؤنةٌ دَينًا في الذِّمّة.. عندَه: يُشترَطُ بَيانُ مَكانِ الإيفاءِ، وعندَهما: يَتعيَّنُ مَوضِعُ الدّارِ للإيفاء ومَوضِعُ تَسليمِ الدّابّةِ، لا مَوضِعُ العقدِ.

والقِسمةُ، بأن اقتَسَما دارًا، وشَرَط أحَدُهما على صاحِبه شيئًا له حَمْلٌ ومُؤنةٌ؛ لِزيادة غرسٍ أو بِناءٍ في نَصيبه.. فعندَه: يُشترَطُ بَيانُ مَكانِ الإيفاءِ لِصحّة القِسمةِ في الصَّحيح، وعندَهما: يَتعيَّنُ مَكانُ القِسمةِ للإيفاء.

وما لا حَمْلَ له ولا مُؤنةَ، كالْمِسك والكافُورِ: لا يُحتاجُ فيه إلى بَيان مَكانِ الإيفاءِ عندَهم؛ لأنه لا تَختلِفُ قِيمتُه باختِلاف الْمَكانِ.

---

(١) معطوف على قوله: الثمنُ المؤجلُ.

وذَكَر في «الجامعِ الصَّغيرِ» وبُيوعِ «الأصلِ»: أنه يَتعيَّنُ مَكانُ[1] العقدِ للإيفاء، وذَكَر في الإجارات[2]: أنه لا يَتعيَّنُ، ويُوفِيه في أيِّ مَوضِعٍ شاء، وهو الأَصَحُّ؛ لاستِواء الأماكِنِ كلِّها، ولا يَجِبُ في الحال ليَتعيَّنَ ضَرورةً باعتِباره.

ولو عَيَّنا مَكانًا.. قِيل: لا يَتعيَّنُ؛ لأن الشَّرطَ الذي لا يُفيدُ لا يُعتبَرُ، وقِيل: يَتعيَّنُ؛ لأنه يُفيدُ سُقوطَ خطَرِ الطَّريقِ عن ربِّ السَّلَمِ.

ولو عُيِّن[3] الْمِصرُ فيما له حَمْلٌ ومُؤنةٌ: يُكتفَى به؛ لأن الْمِصرَ مع تَباعُدِ أطرافِه كمَكانٍ واحِدٍ في هذا الحُكمِ.

وقبضُ(ك) رأسِ المالِ قبلَ الافتِراقِ.

وقبضُ رأسِ المالِ قبلَ افتِراقِهما بالأَبدان، وهو شرطُ بَقاءِ العقدِ على الصِّحَّة، وسَواءٌ كان رأسُ المالِ مما لا يَتعيَّنُ، كالنُّقود، أو مما يَتعيَّنُ، كالعُروض.

أما إذا كان من النُّقود: فلئلا يَكونَ افتِراقًا عن دَينٍ بدَينٍ؛ لأنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهى عن بَيع[4] الكالِئِ بالكالِئِ[5]، أي: النَّسيئةِ بالنَّسيئة.

وأما إذا كان من العُروض: فلأن السَّلَمَ أخذُ عاجِلٍ بآجِلٍ، والْمُسلَمُ فيه آجِلٌ، فوَجَب أن يَكونَ رأسُ المالِ[6] عاجِلًا ليَكونَ حُكمُه على وَفْق ما يَقتَضيه اسمُه، كما في الصَّرف، والكَفالةِ، والحَوالةِ.

---

(١) في (ب): موضع.

(٢) أي الإمام محمد رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في كتاب «الأصل».

(٣) في (هـ): عينا.

(٤) مثبتة من (د).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) في (ب) زيادة: إلى المسلم إليه.

ولأنه لا بُدَّ من تَسليم رأسِ المالِ إلى الْمُسلَم إليه ليَتصرَّفَ فيه، فيَقدِرَ على تَسليم الْمُسلَمِ فيه.

وقال مالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: تركُ قبضِ[1] رأسِ المالِ يومًا ويومَين جائِزٌ؛ لأنه يُعَدُّ عاجِلًا عُرفًا.

وعن هذا قُلنا: لا يَصِحُّ السَّلَمُ إذا كان فيه شرطُ الخِيارِ لهما أو لأحَدِهما؛ لأنه يَمنَعُ تَمامَ القبضِ؛ إذ القبضُ إنما يَتِمُّ إذا كان بِناءً على الْمِلك، وخِيارُ الشَّرطِ يَمنَعُ الْمِلكَ؛ لأنه يَمنَعُ انعِقادَ العقدِ في حقِّ الحُكمِ، فيَمنَعُ تَمامَ القبضِ، والافتِراقُ[2] قبلَ تَمامِه[3] مُبطِلٌ للعَقد.

وكذا لا يَثبُتُ فيه خِيارُ الرُّؤيةِ؛ لأنه لا يُفيدُ؛ إذ فائِدتُه الرَّدُّ، والْمُسلَمُ فيه دَينٌ في الذِّمّة، فإذا رُدَّ الْمَقبوضُ عاد دَينًا كما كان.

ولأن إعلامَ الدَّينِ بِذِكر الصِّفةِ؛ إذ لا تُتصوَّرُ فيه الْمُعايَنةُ، فقام ذِكرُ الوصفِ على الاستِقصاء في الْمُسلَم فيه مَقامَ الرُّؤيةِ في بَيع العَينِ.

بخِلاف خِيارِ العَيبِ؛ لأنه لا يَمنَعُ تَمامَ الْمِلكِ، فلا يَمنَعُ تَمامَ القبضِ.

وصحَّ(ز) لو أسقَط الخِيارَ قبلَه، أو استَبدَل الزَّيفَ[4] إن قَلَّ[5](س م ز) في مَجلِس الرَّدِّ.

وصَحَّ العقدُ لو أُسقِط خِيارُ الشَّرطِ قبلَ الافتِراقِ إذا كان رأسُ المالِ قائِمًا في يَد

---

(١) في (ب): ترك تسليم.

(٢) في (ج): تمام القبض إذ القبض والافتراق.

(٣) في (ب): تمكنه.

(٤) الزيف: ما يرده بيت المال من الدراهم. «التعريفات» ص١١٥.

(٥) في (ف): قبل.

الْمُسلَمِ إليه عندَ إسقاطِ الخِيارِ، وإن أنفَقه حتى صار دَينًا عليه: لم يَصِحَّ العقدُ بإسقاط الخِيارِ؛ لأن ابتِداءَ العقدِ برَأس مالٍ هو دَينٌ لا يَصِحُّ، فكذا إتمامُه بإسقاط الخِيارِ.

وقال زفرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَصِحُّ العقدُ بإسقاط الخِيارِ.

وقد حَقَّقناه في باب البيعِ الفاسِدِ فيما إذا باع بأجَلٍ مَجهولٍ، ثم أسقَط الأجَلَ.

وقد جَمَعوا جُملةَ الشُّروطِ في قَولِهم: إعلامُ قَدْرِ رأسِ المالِ في الْمَكيل والْمَوزونِ والْمَعدودِ، والتَّعجيلُ، وإعلامُ الْمُسلَمِ فيه جِنسًا، ونوعًا، وقَدْرًا، وصِفةً، والتَّأجيلُ، وبَيانُ مَكانِ الإيفاءِ فيما له حَمْلٌ، والقُدرةُ على التَّحصيل أو[1] استِبدالِ الزَّيفِ إن قَلَّ في مَجلِس الرَّدِّ[2].

اعلَم أن الْمُسلَمَ إليه إذا وَجَد بعضَ رأسِ المالِ زَيفًا بعدَما افترَقا، فرَدَّه، واستَبدَل به الجِيادَ في مَجلِس الرَّدِّ، وكان الْمَردودُ قَليلًا: صَحّ، وإن كان كَثيرًا بَطَل عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وعندَهما: جاز استِحسانًا، قَلَّ الْمَردودُ أو كَثُر.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ: بَطَل السَّلَمُ بقَدْره، قَلَّ الْمَردودُ أو كَثُر؛ قِياسًا؛ لانتِقاض القبضِ من الأَصل بالرَّدِّ، فصار كأن لم يُوجَد، فبَطَل العقدُ بقَدْر الْمَردودِ، كما لو وَجَده رَصاصًا، أو مُستحَقًّا.

ولهما: أنهما افترَقا عن قبضٍ صَحيحٍ؛ لأن قَبْضَ الزُّيوفِ صَحيحٌ، حتى لو تُجُوِّز به جاز، وإنما انتَقَض ذلك القبضُ بالرَّدِّ، وصار العقدُ عندَ الرَّدِّ مُوجِبًا قبْضَ الجِيادِ، فإذا افترَقا بعدَ قبضِ الجِيادِ بَقِي العقدُ صَحيحًا.

---

(١) في (ب) و(هـ): و.

(٢) في (ب): العقد.

وله: أن القبضَ انتقَض من الأَصل، ولهذا يَعودُ الأجَلُ لو كان مُؤجَّلًا، وكذا الكَفالةُ والرَّهنُ، فكأنهما افترَقا عن غَير قبضٍ، إلا أن في القَليل ضَرورةً؛ لأن الدَّراهِمَ لا تَنفكُّ عن زَيفٍ قَليلٍ، ولا ضَرورةَ في الكَثير؛ لأنها تَخلو عنه.

والقَليلُ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ما دونَ النِّصفِ، والكَثيرُ ما فوقَه، وفي النِّصف عنه رِوايتان.

أسلَم في كُرِّ بُرٍّ مِائةً دَينًا عليه، ومِائةً نقدًا(ز): بَطَل في الدَّين، وفي الكلِّ(س م) لو نوعَين، أو بُرًّا في شَعيرٍ وزَيتٍ(س م).

ومن أسلَم مِائتَي دِرهَمٍ في كُرِّ بُرٍّ، مِائةً دَينًا على الْمُسلَم إليه، ومِائةً نقدًا: بَطَل في حِصّة الدَّينِ؛ لأنه دَينٌ بدَينٍ، والكالِئُ بالكالِئ مَنهيٌّ عنه[1]، وصَحَّ في حِصّة النَّقدِ؛ لوُجود قبضِ رأسِ المالِ في الْمَجلِس، ولا يَشيعُ الفَسادُ كما قال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

أما إذا أطلَق العقدَ، ولم يُضِف الْمِائتَين إلى دَراهِمَ بعَينها، بأن قال: (أسلَمتُ إليك مِائتَي دِرهَمٍ في كُرِّ بُرٍّ)، ثم نَقَد مِائةً، وجَعَل الْمِائةَ الأُخرى قِصاصًا بدَينٍ كان له عليه قبلَ عقدِ السَّلَمِ: فظاهِرٌ؛ لأن الفَسادَ طارِئٌ؛ إذ السَّلَمُ صَحَّ ونَفَذ ابتِداءً؛ لخُلُوِّه عن الشَّرائِط الْمُفسِدةِ؛ إذ قبضُ رأسِ المالِ شرطُ بَقاءِ العقدِ على الصِّحّة، لا شرطُ[2] انعِقادِه صَحيحًا؛ إذ العقدُ لازِمٌ قبلَ قبضِ رأسِ المالِ ما داما في الْمَجلِس، ولهذا لو نَقَد الْمِائتَين قبلَ الافتِراقِ صَحّ.

وإنما يَفسُدُ بعضُ السَّلَمِ بعدَه[3] بسبَبٍ طارِئٍ، وهو الافتِراقُ لا عن قبضٍ، حيث

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في (هـ): لاشتراط.

(٣) في (ب): بعضه.

لم يَنقُد الْمِائة، وجَعَلها قِصاصًا بما عليه، والفَسادُ الطَّارئ لا يَشيعُ عندَ الكلِّ، كما لو باع عَبدَين، وهَلَك أحَدُهما قبلَ التَّسليمِ.

بخِلاف ما لو جَمَع بينَ حُرٍّ وعبدٍ؛ لأن الفَسادَ مُقارِنٌ، فيَشيعُ في الكلِّ.

وأما إذا قَيَّد، بأن قال: (أسلَمتُ إليك هذه الْمِائةَ والْمِائةَ التي لي عليك في كُرِّ بُرٍّ): فكذلك؛ لأن النُّقودَ لا تَتعيَّنُ في العُقود دَينًا كانت أو عَينًا، حتى لو باع عَينًا بدَينٍ، ثم تَصادَقا أن لا دَينَ: لم يَبطُل البيعُ، فكان التَّقييدُ مِثلَ الإطلاقِ ثُمَّ الْمُقاصَة بالدَّين، فانعَقَد العقدُ صَحيحًا.

بخِلاف ما لو تَبايَعا عَينًا بدَينٍ، وهما يَعلَمان أن لا دَينَ؛ حيث يَبطُلُ البيعُ؛ لأنه بيعٌ بلا ثَمَنٍ.

ولا يُقالُ: لو قال: (أسلَمتُ إليك هذه الْمِائةَ والْمِائةَ التي لي على فُلانٍ): يَبطُلُ العقدُ في الكلِّ وإن نَقَد مِائةً: لأن اشتِراطَ تَسليمِ الثَّمَنِ على غَير العاقِدِ مُفسِدٌ للعَقد، وهذا فَسادٌ مُقارِنٌ للعَقد، فأوجَب فَسادَ الكلِّ، ولم يُشترَط تَسليمُ الثَّمَنِ على غَير العاقِدِ هنا، وفي الكلِّ لو نَوعَين.

أو أسلَم بُرًّا في شَعيرٍ وزيتٍ، أي لو قال: (أسلَمتُ إليك هذه العشَرةَ الدَّراهِمَ العَينَ، والعشَرةَ الدَّنانيرَ التي عليك.. في كُرِّ بُرٍّ): بَطَل في الكلِّ.

أما في حِصّة الدَّنانيرِ: فبالإجماع؛ لعَدَم النَّقدِ في الْمَجلِس.

وأما في حِصّة الدَّراهِمِ.. فعندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: للجَهالة، وهي مَسألةُ إعلامِ قَدْرِ رأسِ المالِ.

ولو أسلَم كُرَّ بُرٍّ في كُرِّ شَعيرٍ وكذا مَنًّا من الزَّيت: بَطَل في حقِّ الشَّعيرِ عندَهم؛ لأن الكيلَ يَجمَعُهما، وبَطَل في حِصّة الزَّيتِ عندَه أيضًا؛ لجَهالة قَدْرِ رأسِ مالِ الزَّيتِ من

البُرَّ؛ إذ معرفةُ قَدْرِ رأسِ المالِ شرطٌ عندَه، فإذا قُوبِل بشَيئَين مُختلِفَين كان الانقِسامُ بطَريق القِيمةِ، وذا يُعرَفُ بالحَزْر والظَّنِّ، فكان مَجهولًا، حتى لو بَيَّن حِصّةَ كلِّ واحِدٍ منهما يَصِحُّ؛ لارتِفاع الجَهالةِ.

وعندَهما: مَعرِفةُ القَدْرِ ليست بشرطٍ.

ولا يُتصرَّفُ في رَأس المالِ والْمُسلَمِ فيه بشِرْكةٍ وتَولِيةٍ قبلَ القبضِ، فإن تَقايَلا لم يَشترِ (زف) منه برَأس المالِ شيئًا.

ولا يَصِحُّ التَّصرُّفُ في رَأس المالِ[1] والْمُسلَمِ فيه بشِرْكةٍ وتَولِيةٍ قبلَ القبضِ؛ لأن التَّصرُّفَ في الْمَبيع قبلَ القبضِ لا يَجوزُ، والْمُسلَمُ فيه مَبيعٌ، ورأسُ المالِ أخذ شبهًا بالْمَبيع، ولأن فيه تَفويتَ القبضِ الْمُستحَقِّ بالعَقد، والشِّرْكةُ أن يُشارِكَ آخرَ فيه.

فإن تَقايَلا السَّلَمَ: لم يَشترِ منه برَأس المالِ شيئًا، أي لو أسلَم رَجُلٌ إلى رَجُلٍ عشرةَ دَراهِمَ في كُرِّ بُرٍّ، ثم تَقايَلا السَّلَمَ، فأَراد ربُّ السَّلَمِ أن يَشتريَ من الْمُسلَم إليه برَأس المالِ شيئًا قبلَ القبضِ: لم يَجُز استِحسانًا.

وعندَ زفرَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: يَجوزُ قِياسًا؛ لأنه لَمّا بَطَل السَّلَمُ بَقِي رأسُ المالِ دَينًا في ذِمّته، فصَحَّ الاستِبدالُ به، كسائرِ الدُّيونِ.

ولنا: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا تأخُذْ إلا سَلَمَك أو رأسَ مالِك»[2]، أي إلا سَلَمَك حالَ قِيامِ العقدِ، أو رأسَ مالِك حالَ انفِساخِه؛ إذ لا يَملِكُ أخْذَه حالَ قِيامِه، فقد جَعَل

---

(١) في (هـ): مال السلم.

(٢) ورد بهذا اللفظ عند ابن أبي شيبة (٢٠٠٠٢) عن عبد الله بن مغفل، وورد بلفظ قريب عنده أيضًا (٢٠٠٠٦) وعند عبد الرزاق (١٤١٠٦) عن ابن عمر رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا موقوفًا، وبمعناه مرفوعًا عند أبي داود (٣٤٦٨)، وابن ماجه (٢٢٨٣)، وانظر «الدراية» ٢/ ١٦٠.

حقَّ ربِّ السَّلَمِ أخذَ الْمُسلَمِ فيه قبلَ الإقالةِ، وأخذَ رأسِ المالِ بعدَها.

ثم قبلَ الإقالةِ لا يَصِحُّ الاستِبدالُ بالْمُسلَم فيه؛ كيلا يَصيرَ قابِضًا غيرَ حقِّه، فكذا بعدَها برَأس المالِ.

ولأن رأسَ المالِ أخَذ شبَهًا بالْمَبيع، فلم يَجُز التَّصرُّفُ فيه قبلَ قبضِه؛ وهذا لأن الإقالةَ في حقِّ غيرِ الْمُتعاقِدَين كعقدٍ مُبتدَأٍ، وحُرمةُ الاستِبدالِ غيرُهما، وجانِبُ الْمُسلَمِ فيه لا يَحتمِلُ العقدَ الْمُبتدَأَ؛ إذ لا يُمكِنُ جعلُ الْمُسلَمِ فيه مَبيعًا؛ لأنه دَينٌ يَسقُطُ[1]، وبالسَّلَم يَثبُتُ الدَّينُ، وجانِبُ رأسِ المالِ يَحتمِلُه، فجُعِل رأسُ المالِ مَبيعًا؛ لأنه دَينٌ يَثبُتُ مِثلُه، فاعتُبِر في حقِّه حُكمُ ابتِداءِ السَّلَمِ، فيَحرُمُ الاستِبدالُ برَأس المالِ ضَرورةً.

ولا يَلزَمُ أن لا يَجِبَ قبضُه في الْمَجلِس: لأن قبْضَ رأسِ المالِ وَجَب لحقِّ[2] الْمُسلَمِ فيه؛ لأنه لما وَجَب فيه أن يَكونَ دَينًا وَجَب جبرُه بقَبض ما يُقابِلُه، ولما وَجَب تَأجيلُه وَجَب تَعجيلُ الآخَرِ خَلَفًا عنه، ولما لم يَثبُت حُكمُ الابتِداءِ في جانِب الْمُسلَمِ فيه لم يَثبُت فيما يَخلُفُه، وهو تَعجيلُ قبضِ رأسِ المالِ.

اشتَرى الْمُسلَمُ إليه كُرًّا، وأمَره[3] بقَبضه قَضاءً: لم يَصِحَّ، وصحَّ لو قرضًا، أو أمَر بقَبضه له، ثم لنَفسه، ففَعَل.

ومن أسلَم في كُرٍّ[4]، فلما حَلَّ الأجَلُ اشتَرى الْمُسلَمُ إليه من رَجُلٍ كُرًّا، وأمَر ربَّ السَّلَمِ بقَبضه منه قَضاءً لحقِّه[5]، فاقتَضاه ربُّ السَّلَمِ: لم يكن قَضاءً.

---

(١) في (هـ): سقط.

(٢) في سوى (أ) و(و): بحق.

(٣) في (م): أو أمره.

(٤) في (هـ): كر بر.

(٥) في (هـ): بحقه.

ولو كان الكُرُّ قرضًا، فأمَره بقَبض الكُرِّ: صَحّ، ولو أمَره في السَّلَم بقَبضه له، ثم بقَبضه لنفسه، فاكتاله، ثم اكتاله لنفسه: صَحّ.

والأصلُ فيه: نهيُ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بَيع الطَّعامِ حتى يَجريَ فيه صَاعان: صاعُ البائعِ، وصاعُ الْمُشتَري[1].

ومَحمِلُ الحَديثِ: اجتِماعُ الصَّفقتَين بشَرط الكيل، وقد اجتَمع هنا صَفقتان بشَرط الكيل لَمَا أمَر الْمُسلَمُ إليه ربَّ السَّلَمِ أن يَأخُذَ ذلك الكُرَّ من البائعِ اقتِضاءً لحقِّه، صَفْقةٌ جَرَت بينَ الْمُسلَمِ إليه وبائعِه، وصَفْقةٌ جَرَت بينَ الْمُسلَمِ إليه وربِّ السَّلَمِ، فلا بُدَّ من الكَيل مرّتَين، مرّةً لصَفْقةٍ بينَ الْمُسلَمِ إليه وبائعِه، ومرّةً لصَفْقةٍ بينَ الْمُسلَمِ إليه وربِّ السَّلَمِ.

فإن قِيل: بيعُ الْمُسلَمِ إليه مع ربِّ السَّلَمِ سابقٌ على شِراء الْمُسلَمِ إليه من بائعِه، فلم يكن الْمُسلَمُ إليه بائِعًا بعدَ الشِّراءِ، فلا يَدخُلُ تحتَ النَّهيِ.

قُلنا: السَّلَمُ[2] وإن كان سابِقًا فقبضُ الْمُسلَمِ فيه لاحِقٌ، وللقَبض في باب السَّلَمِ حُكمُ عقدٍ جَديدٍ، فكأنهما جَدَّدا ذلك العقدَ على الْمَقبوض، فيَتحقَّقُ البيعُ بعدَ الشِّراءِ؛ وهذا لأن العقدَ تَناوَل دَينًا في ذِمّته، والْمَقبوضُ عَينٌ، والعَينُ غيرُ الدَّينِ حَقيقةً.

وإن جُعِل الْمَقبوضُ عَينَ ما تَناوَله العقدُ في حقِّ حُكمٍ خاصٍّ، وهو حُرمةُ الاستِبدالِ، إذ لو جُعِل غيرَه لكان استِبدالًا بالْمُسلَم فيه، وهو حَرامٌ، أما فيما وراءَه: فهو غيرُه حَقيقةً، فصار بائِعًا ما اشتَرى مُكايَلةً قبلَ الكيلِ، فيَبطُلُ.

بخِلاف القرضِ؛ لأنه إعارةٌ، حتى يَنعقِدُ بلَفظها، فكان الْمَقبوضُ عَينَ حقِّه تَقديرًا،

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في (هـ): المسلم إليه.

وإلا[1] يلزَمُ تمليكُ الشَّيءِ بجِنسه نَسيئةً، فلم تَتحقَّق الصَّفْقتان بشَرط الكيلِ، فيَجِبُ كيلٌ واحِدٌ للمُشتَري بحقِّ الوَكالةِ.

أمَره ربُّ السَّلَمِ أن يَكيلَه في ظَرفه، ففعَل وهو غائِبٌ: لم يكن قبضًا[2]، بخِلاف الْمَبيع.

ومن أسلَم في كُرٍّ، فأمَر ربُّ السَّلَمِ أن يَكيلَه الْمُسلَمُ إليه في ظَرف ربِّ السَّلَمِ، ففعَل[3] وهو غائِبٌ: لم يكن قبضًا؛ لأن أمْرَه بالكَيل لم يَصِحَّ؛ إذ أمرُه تناوَل عَينًا مَملوكةً للمُسلَم إليه لا لربِّ السَّلَمِ؛ لأن حقَّه في الدَّين لا في العَين، وجعلُ الدَّينِ في ظَرفه مُحالٌ، وإنما يَثبُتُ حقُّه في العَين بالقَبض، فصار الْمُسلَمُ إليه مُستعيرًا للظَّرف منه، وقد جَعَل مِلكَ نفسِه فيه، فبَقِي دَينُ ربِّ السَّلَمِ كما كان.

وصار كما لو دَفَع الدّائنُ إلى مَديونه كيسًا ليَزِنَ الْمَديونُ دَينَه فيه، فوَزَن: لم يَصِر قابِضًا.

بخِلاف الْمَبيعِ؛ فإنه لو اشتَرى من آخرَ طَعامًا عَينًا، وأمَره أن يَكيلَه في ظَرف الْمُشتَري، ففعَل والْمُشتَري غائِبٌ: فهو قبضٌ؛ لأن الأمرَ صَحّ؛ لأنه تَناوَل مِلكَ الآمِرِ؛ لأنه مَلَك العَينَ بالبَيع، ولما صَحَّ الأمرُ صار البائِعُ وَكيلًا عنه في إمساك الظَّرفِ، وصار الظَّرفُ في يَد الْمُشتَري حُكمًا، فصار الواقِعُ فيه واقِعًا في يَد الْمُشتَري حُكمًا.

ولهذا[4] لو أمَر الْمُشتَري البائِعَ بالطَّحن، فطَحَن: كان الدَّقيقُ للمُشتَري، وفي السَّلَم: للمُسلَم إليه؛ لأن الأمرَ بالطَّحن لم يَصِحَّ في السَّلَم؛ لأنه يُلاقِي مِلكَ الْمُسلَمِ

---

(١) في (ب): فلا.

(٢) في (م) و(ف): قضاء.

(٣) في (ب): لم يفعل.

(٤) في (ج): وكذا.

إليه، فصار الحالُ بعدَ الأمرِ كالحال قبلَه، وفي[1] الشِّراء صَحَّ الأمرُ؛ لأنه لاقَى مِلكَ الْمُشتَري.

فإن قِيل: في فَصل الشِّراءِ يَنبَغي أن لا يَصِحَّ الأمرُ أيضًا في حقِّ ثُبوتِ القبضِ؛ لأن البائِعَ لا يَصلُحُ وَكيلًا عن الْمُشتَري في القَبض، حتى لو وَكَّله بالقَبض نصًّا[2] لم يَصِحَّ.

قُلنا: أَمَره بالطَّحن لا بالقَبض، وإنما يَثبُتُ القبضُ حُكمًا، وجاز أن يَثبُتَ الشَّيءُ حُكمًا وإن كان لا يَثبُتُ قصدًا.

وكذا لو أَمَره أن يَصُبَّه في البَحر، فصَبَّه: يَهلِكُ من مال الْمُسلَمِ إليه في السَّلَم، ومن مال الْمُشتَري في الشِّراء، ويَتقرَّرُ عليه الثَّمَنُ؛ لِما مَرّ.

ولهذا يُكتفَى بذلك الكيلِ في الشِّراء في الصَّحيح؛ لأنه نائِبٌ عنه في الكَيل، والقبضُ حَصَل بوُقوع الْمَبيعِ في ظَرف الْمُشتَري.

ولو أَمَره في الشِّراء أن يَكيلَه في ظَرف البائِعِ، ففَعَل: لم يَصِر قابِضًا؛ لأن الْمُشتَريَ صار مُستَعيرًا ظرْفَه، ولم يَقبِض، فلا تَصِحُّ العارِيَّةُ؛ لأنها تَبرُّعٌ، فلا تَتِمُّ بلا قبضٍ، فلا يَصيرُ الواقِعُ فيه واقِعًا في يَد الْمُشتَري، فصار كما لو أَمَره أن يَكيلَه ويَعزِلَه في جانِب بيتِ البائِعِ، فكال: لم يَصِر الْمُشتَري قابِضًا؛ لأنه لا يدَ للمُشتَري على بَيته؛ لأنه مُستَعيرٌ لم يَقبِض.

ولو اجتَمَع الدَّينُ والعَينُ، والظَّرفُ للمُشتَري.. فإن بَدَأ بالعَين: صار قابِضًا للكلّ.

أما العَينُ: فلصِحّة الأمرِ فيه.

وأما الدَّينُ: فلأنه خَلَطه بماله، وبمِثله يَصيرُ قابِضًا، كمن استَقرَض من آخرَ كُرًّا

---

(١) في (أ): في.

(٢) في (د): أيضًا. وانظر «التبيين» ٤/ ١٢١.

من طَعامٍ، وأمَره أن يَزرَعَه في أَرضه: صَحّ، وصار ربُّ الأرضِ قابِضًا؛ لاتِّصاله بمِلكه.

وكمن دَفَع دِينارًا إلى صائِغٍ، وأمَره أن يَزيدَ من عِنده نِصفَ دِينارٍ ويَتَّخِذَه خاتَمًا، فزاد: صَحّ، وصار مُقرِضًا، وصار الآمِرُ قابِضًا؛ لاتِّصاله بمِلكه.

فإن قِيل: أليس أن الصَّبّاغَ إذا صَبَغ الثَّوبَ لا يَصيرُ الْمُستأجِرُ -وهو ربُّ الثَّوبِ- قابِضًا باعتِبار هذا الاتِّصالِ، فلِمَ صار قابِضًا هنا باعتِباره؟

قُلنا: الْمَعقودُ عليه ثَمَّ الفِعلُ وهو الصَّبغُ، لا العَينُ وهو الصِّبغُ، والفِعلُ لا يُجاوِزُ الفاعِلَ؛ لأنه عرَضٌ لا يَقبَلُ الانتِقالَ عن محَلِّه، فلم يَتَّصِل الْمَعقودُ عليه بالثَّوب، فلم يَصِر به قابِضًا.

وإن بَدَأ بالدَّين: لم يَصِر قابِضًا.

أما الدَّينُ: فلعَدَم صِحّةِ الأمرِ.

وأما العَينُ: فلأنه خَلَط مالَ الْمُشتَري بمال نفسِه قبلَ التَّسليمِ، فصار مُستهلِكًا الْمَبيعَ قبلَ التَّسليمِ إلى الْمُشتَري عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، فيَنتقِضُ البيعُ.

فإن قُلت: الخلطُ حَصَل بإِذن الْمُشتَري، فيَنبَغي أن لا يَنتقِضَ البيعُ.

قُلتُ: جاز أن يَكونَ مُرادُه البِدايةَ بالعَين، فلم قُلتَ بأن الخلطَ حَصَل بإِذن الْمُشتَري؟!

وعندَهما: إن شاء الْمُشتَري شارَكه في الْمَخلوط، وإن شاء نَقَض البيعَ؛ لأن الخلطَ ليس باستِهلاكٍ عندَهما.

تَعيَّب الْمُسلَمُ فيه، ووَجَد عَيبًا قَديمًا، وقَبِل الدّافعُ: عاد السَّلَمُ، وإلا لا[س م] شيءَ.

قَبَض البُرَّ الْمُسلَمَ فيه، وتَعيَّب عندَه، ووَجَد به عَيبًا قَديمًا.. فعندَ أبي حنيفةَ

رَحِمَهُ اللَّهُ: إن قَبِله الْمُسلَمُ إليه مع العَيبِ الحادثِ: عاد السَّلَمُ؛ لانتِقاض القبضِ، وإن أَبى: فله ذلك؛ لحُدوث عَيبٍ آخرَ، ولا شيءَ عليه؛ لأنه وَجَب في ذِمّة ربِّ السَّلَمِ مِثلُ ما قَبَض، ثم صار قِصاصًا بما له عليه، فلو أخَذ للعَيب شيئًا آخرَ لصار الْمِثلُ بالْمِثل، والفضلُ رِبًا.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إن أَبى أن يَقبَلَه مَعيبًا رَدَّ عليه مِثلَ ما قَبَض، ورَجَع عليه بما شَرَط في السَّلَم، كما هو أصلُه في قَبض الزُّيوفِ مَكانَ الجِيادِ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: إن أَبى أن يَقبَلَه رَجَع عليه بقَدْر النُّقصانِ من رَأس مالِه؛ لأنه مَنَع عنه بعضَ الْمَبيعِ، فيَرجِعُ ببَعض الثَّمَنِ.

أثبَتا تَفاوُتًا في طَرَف السَّلَمِ أو طَرَفَين: قُضِي بعقدٍ[م]، ولكلٍّ فضلُه.

اختَلَف ربُّ السَّلَمِ والْمُسلَمُ إليه في قَدْر رأسِ المالِ، أو الْمُسلَمِ فيه، أو فيهما، بأن قال ربُّ السَّلَمِ: (أسلَمتُ إليك خَمسةَ دَراهِمَ في كُرِّ بُرٍّ)، وقال الآخَرُ: (بل أسلَمتَ عشرةً في كُرِّ بُرٍّ)، وبَرْهَنا.. فعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ -وقِيل: هو قولُ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ-: قُضِي بعقدٍ واحِدٍ ببيِّنة الْمُسلَمِ إليه، وثَبَت الفضلُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: قُضِي بعقدَين بخَمسةَ عشَرَ دِرهَمًا على ربِّ السَّلَمِ، وبكُرَّين على الْمُسلَم إليه.

وإن قال ربُّ السَّلَمِ: (أسلَمتُ إليك عشرةً في كُرَّي بُرٍّ)، وقال الآخَرُ: (أسلَمتَ إليَّ عشرةً في كُرِّ بُرٍّ)، وبَرْهَنا: قُضِي ببيِّنة ربِّ السَّلَمِ، وثَبَت الفضلُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: قُضِي بعِشرين دِرهَمًا في ثَلاثة أكرارٍ.

وإن قال الْمُسلَمُ إليه: (أسلَمتُ عِشرين دِرهَمًا في كُرِّ بُرٍّ)، وقال ربُّ السَّلَمِ:

(أسلمتَ عشرةً في كُرَّي بُرٍّ): قُضِي بعقدٍ واحِدٍ، وتُقبلُ بيِّنةُ كلٍّ في إثباتِ الفضلِ، فيُقضى على ربِّ السَّلَمِ بعِشرين، وعلى الْمُسلَم إليه بكُرَّي بُرٍّ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قُضِي بسَلَمَين بثلاثين دِرهَمًا على ربِّ السَّلَمِ، وبثلاثة أكرارٍ على الْمُسلَم إليه، يَعني: عقدًا بعِشرين في كُرِّ بُرٍّ، وعقدًا بعشرةٍ في كُرَّي بُرٍّ؛ لأن البيّنات حُجَجُ الشَّرعِ، فيُعمَلُ بها ما أمكَن، وقد أمكَن هنا؛ إذ كلُّ واحِدٍ برْهَن على عقدٍ غير ما يَدَّعيه صاحِبُه.

ولهما: أنهما اتَّفَقا أنه لم يَجْرِ بينَهما إلا عقدٌ واحِدٌ، فكيف يُقضى بعَقدَين؟!

أسلَم أمةً في كُرٍّ، وقُبِضت، فتَقايَلا، فماتَت، أو ماتَت قبلَه: بَقِي، وصحّ.

أسلَم أمةً في كُرِّ بُرٍّ، وقُبِضت الأمةُ، فتَقايَلا السَّلَمَ، فماتت الأمةُ في يَد الْمُسلم إليه: بَقِيَت الإقالةُ، وعليه قِيمتُها يومَ قَبضِها.

ولو تَقايَلا بعدَ هَلاكِ الأمةِ صَحّ؛ لأن صِحّةَ الإقالةِ تَعتمِدُ قِيامَ العقدِ؛ لأنها فسخُ العقدِ، وفسخُه بدُونه لا يَكونُ، وقِيامُ العقدِ بقِيام الْمَعقودِ عليه، وهو الْمُسلمُ فيه؛ لأنه وإن كان دَينًا فهو في حُكم العَينِ؛ لأنه مَبيعٌ، حتى لم يَجُز الاستِبدالُ به قبلَ قبضِه، فصَحَّت إضافةُ الإقالةِ إليه بعدَ موتِ الأمةِ ابتِداءً، وبَقِي التَّقايُلُ عليه بعدَ موتِ الأمة؛ إذ البَقاءُ أسهَلُ من الابتِداء.

وإذا انفَسَخ العقدُ في الْمُسلَم فيه يَنفسِخُ في الأمة -وإن ماتت- تَبَعًا، فيَجِبُ عليه ردُّها، وهو عاجِزٌ عن ردِّها؛ لِمَوتها، فيَجِبُ عليه ردُّ قِيمتِها.

والتَّقايُضُ مِثلُه، والشِّراءُ بألفٍ عكسُه.

والتَّقايُضُ -وهو: بيعُ ما يَتعيَّنُ بما يَتعيَّنُ- مِثلُ السَّلَمِ، حتى تَصِحُّ الإقالةُ، ويَبقى

بعدَ هَلاكِ أحدِ العِوَضَين؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما مَبيعٌ فيه، فيَكونُ العقدُ قائِمًا بقِيام أحَدِهما، فيَصِحُّ، ويَبقى.

والشِّراءُ بألفٍ عكسُه، أي لو اشتَرى أمةً بألفٍ، ثم تَقايَلا، فماتت في يَد الْمُشتَري: بَطَلت الإقالةُ، ولو تَقايَلا بعدَ موتِها: فالإقالةُ باطِلةٌ أيضًا؛ لأن الْمَعقودَ عليه في البيع الأمةُ، فبَقِي العقدُ ببَقائها، وبَطَل بموتِها، فإذا ماتت لم يَبقَ العقدُ، فلم يَصِحَّ الفسخُ، وإذا لم يَصِحَّ الفسخُ لفَوات محلِّه لم يَبقَ الفسخُ بعدَ هَلاكِ محلِّه؛ إذ البَقاءُ في غَير المحلِّ مُستحيلٌ.

القولُ لِمُدَّعي(س م) الرَّداءةِ والتَّأجيلِ.

القولُ لِمُدَّعي الرَّداءةِ والتَّأجيلِ أيِّهما كان، حتى لو قال الْمُسلَمُ إليه: (شَرطتُ لك رَدِيًّا)، وقال ربُّ السَّلَمِ: (لم تَشترط شيئًا): فالقولُ للمُسلَم إليه؛ لأن ربَّ السَّلَمِ مُتعنِّتٌ في إنكاره الصِّحّةَ؛ إذ الظّاهرُ أن الْمُسلَمَ فيه مع رَداءتِه يَربو على رَأس المالِ، وكَلامُ الْمُتعنِّتِ -وهو من يُنكِرُ ما يَنفعُه- مَردودٌ، فبَقِي قولُ صاحِبه بلا مُعارِضٍ.

وفي عَكسه، بأن ادَّعى ربُّ السَّلَمِ شرْطَ الرَّديءِ، وأنكَر الْمُسلَمُ إليه الشَّرطَ أصلًا: القولُ لربِّ السَّلَمِ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه يَدَّعي الصِّحّةَ، فكان القولُ له وإن أنكَر خصمُه؛ إذ الظّاهرُ شاهِدٌ له؛ لأن العقدَ الفاسِدَ مَعصِيةٌ، والظّاهرُ من حال الْمُسلِمِ التَّفادي عن الْمَعصِية.

وعندَهما: القولُ للمُسلَم إليه؛ لأنه مُنكِرٌ.

ولو قال الْمُسلَمُ إليه: (لم يكن له أجَلٌ)، وقال ربُّ السَّلَمِ: (كان له أجَلٌ): فالقولُ لربِّ السَّلَمِ عندَهم؛ لأن كَلامَ الْمُسلَمِ إليه خَرج مَخرَجَ التَّعنُّتِ؛ لأنه يُنكِرُ ما يَنفعُه وما هو حقُّه، وهو الأجَلُ؛ لأنه لتَرفيه الْمُسلَمِ إليه، فتَعيَّن الفَسادُ غَرضًا له، فكان باطِلًا.

فإن قِيل: الْمُسلَمُ إليه ليس بمُتعنِّتٍ؛ لأنه يَدَّعي الفَسادَ، وفيه نفعٌ؛ لعَود رأسِ مالِه إليه.

قُلنا: الفَسادُ لعَدَم الأجَلِ مُجتهَدٌ فيه؛ إذ الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يُجوِّزُه حالًّا، فلا يُعتبَرُ النَّفعُ في ردِّ رأسِ المالِ، بخِلاف ما إذا أنكر الوصفَ؛ لأن الفَسادَ ثَمَّ قَطعيٌّ.

وإذا جُعِل القولُ لربِّ السَّلَمِ يُرجَعُ في بَيان مِقدارِ الأجَلِ إليه أيضًا.

وفي عَكسه، بأن ادَّعى الْمُسلَمُ إليه الأجَلَ، وأنكَره ربُّ السَّلَمِ: فالقولُ للمُسلَم إليه عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: لربِّ السَّلَمِ؛ لأنه يُنكِرُ حقًّا عليه، وهو الأجَلُ، فكان القولُ له وإن أنكَر الصِّحّةَ، كربِّ المالِ إذا قال للمُضارِب: (شَرَطتُ لك نِصفَ الرِّبحِ وزِيادةَ عشَرةِ دَراهِمَ)، والْمُضارِبُ يَقولُ: (شَرَطتَ لي نِصفَ الرِّبحِ مُطلَقًا): فإن القولَ لربِّ المالِ، وإن كان فيه فَسادُ العقدِ؛ لأنه يُنكِرُ استِحقاقَ الرِّبحِ.

وله: أن اتِّفاقَهما على عَقد السَّلَمِ اتِّفاقٌ على شَرائِطه؛ لأن شرْطَ الشَّيءِ تبَعٌ له، وثُبوتُ التَّبَعِ بثُبوت الأصلِ، فصارا مُتَّفِقَين على الصِّحّة، فإنكارُ الأجَلِ بعدَه[1] إنكارٌ عمّا أقَرَّ به، فلا يُعتبَرُ، كما لو اختَلَفا في الشَّهادة، واتَّفَقا على النِّكاح: فإن القولَ قولُ من يَدَّعي أنه كان بشُهودٍ.

بخِلاف مَسألةِ الْمُضارَبةِ؛ لأنها ليست بلازِمةٍ؛ لأنها إذا صَحَّت كانت شِرْكةً، وإذا فَسَدت صارت إجارةً، فلم يَتَّفِقا على عقدٍ واحِدٍ، فإن دَلَّ ظاهِرُ حالِه على التَّفادِي عن الفَساد فلا يَدُلُّ على أن لا يَختارَ[2] عقدًا آخرَ، فإذا كان كذلك لم تُعتبَر دَعواهما في

(١) في (و): فإن كان الأجل عنده.

(٢) في (د): على أن يختار.

العَقد، فبَقِي مُجرَّدُ دَعوى استِحقاقِ الرِّبحِ على ربِّ المالِ، وهو يُنكِرُ، فكان القولُ له.

أما السَّلَمُ: فعقدٌ لازِمٌ مُتَّحِدٌ على تَقديرَي الصِّحّةِ والفَسادِ، فكان القولُ لمن يَدَّعي صِحّتَه.

والحاصِلُ: أن من خَرَج كَلامُه تعنتًا كان باطِلًا، وكان القولُ لصاحِبه عندَهم، وإن خَرَج خُصومةً، بأن يُنكِرَ ما يَضُرُّه، واتَّفَقا على عقدٍ واحِدٍ: فالقولُ لِمُدَّعي الصِّحّةِ عندَه، وعندَهما: للمُنكِرِ.

صَحَّ السَّلَمُ والاستِصناعُ في نَحو خُفٍّ، وطَسْتٍ[1]، وقُمْقُمٍ[2]، وخُيِّر إن رَأى.

وصَحَّ السَّلَمُ في نَحو خُفٍّ، وطَسْتٍ، وقُمقُمةٍ.. إذا كان يُعرَفُ بالوَصف، وإن كان لا يُعرَفُ: فلا خيرَ فيه؛ لأنه يُباعُ دَينًا، والدَّينُ يُعرَفُ بالوَصف، وبدُونه يَبقى مَجهولًا جَهالةً تُفضِي إلى النِّزاع.

وإن استَصنَع في شيءٍ من ذلك بغَير أجَلٍ: صَحَّ استِحسانًا.

وصُورتُه: أن يَقولَ للخَفّاف: (اِخرِز لي خُفًّا من أديمك يُوافِقُ رِجلي -ويُرِيه رِجلَه- بكذا)، أو يَقولَ للصّائِغ: (اصنَع[3] لي خاتَمًا من فِضّتك -ويُبيِّنُ وزنَه وصِفتَه- بكذا).

والقِياسُ: أن لا يَصِحَّ؛ لأنه لا يُمكِنُ تَجويزُه إجارةً؛ لأنه استِئجارٌ على العَمَل في مِلك الأجيرِ؛ إذ الأدِيمُ مِلكُ الصّانِعِ[4]،.........

---

(١) الطست: إناء كبير مستدير من نحاس أو نحوه، يغسل فيه (معرب تشت بالشين) يؤنث ويذكر (ج) طسوت. «المعجم الوسيط» ٢/ ٥٥٧.

(٢) القمقمة بالهاء: وعاء من صُفر، له عروتان، يستصحبه المسافر، والجمع القماقم. «المصباح» ٢/ ٥١٦.

(٣) في (ب): صغ.

(٤) في (أ) غير منقوطة.

ولا بيعًا[1]؛ لأنه بيعُ ما ليس عندَه، ولا سَلَمًا؛ لفَقد شَرائطِه.

وجهُ الاستِحسانِ: ما رُوِي أنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ استَصنَع خاتَمًا ومِنبَرًا[2].

ولأن الْمُسلِمين تَعامَلوه من لَدُن رَسولِ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى يَومنا هذا بلا نكيرٍ، فنَزَل مَنزِلةَ الإجماعِ، وهو كدُخول الحمّامِ بأجرٍ، فإنه جائزٌ استِحسانًا؛ لتَعامُل النّاسِ، وإن أَبى القِياسُ جَوازَه؛ لأن مِقدارَ الْمُكثِ وما يُصَبُّ من الماء مَجهولٌ.

وكذا لو قال لسَقّاءٍ: (أعطِني شَربةَ ماءٍ بفَلْسٍ)، أو احتَجَم بأجرٍ: فإنه يَجوزُ؛ لتَعامُل النّاسِ، وإن لم يكن قَدْرُ ما يَشرَبُ وما يَحتجِمُ من ظَهره مَعلومًا.

والأصلُ فيه: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «ما رَآه الْمُسلِمون حسَنًا فهو عندَ اللهِ حسَنٌ»[3]، وقد رَأوا الاستِصناعَ حسَنًا، فكان حسَنًا.

وكان الحاكِمُ الشَّهيدُ يَقولُ: الاستِصناعُ مُواعَدةٌ، وإنما يَنعقِدُ العقدُ بالتَّعاطِي إذا جاء به مَفروغًا عنه، ولهذا يَثبُتُ الخِيارُ لكلِّ واحِدٍ منهما.

والصَّحيحُ عندَ الجُمهورِ: أنه بيعٌ؛ لأن محمدًا رَحِمَهُ ٱللَّهُ سَمّاه شراءً، وذَكَر فيه القِياسَ والاستِحسانَ، وفَصَل بينَ ما فيه تَعامُلٌ وبينَ ما لا تَعامُلَ فيه، والْمَواعيدُ تَجوزُ قِياسًا واستِحسانًا في الكلّ.

والْمَعدومُ اعتُبِر مَوجودًا حُكمًا للحاجة، كطَهارة الْمُستحاضةِ، وعكسُه: الماءُ الْمُستحَقُّ بالعَطَش، وقد تَحقَّقت الحاجةُ هنا؛ إذ كلُّ أحدٍ لا يَجِدُ خُفًّا يُوافِقُ رِجلَه، أو

---

(١) أي ولا يمكن تجويزه بيعًا.

(٢) استصناع النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للخاتم: رواه البخاري (٦٦٥١)، ومسلم (٢٠٩٢).

واستصناعه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المنبر: رواه أيضًا البخاري (٤٤٨)، ومسلم (٥٤٤).

(٣) تقدم تخريجه.

خاتَمًا يُوافِقُ إصبَعَه، وبيعُ الْمَعدومِ قد يَجوزُ للحاجة، أصلُه: بيعُ الْمَنافِعِ.

ثم قال أبو سَعيدٍ البَرْدَعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الْمَعقودُ عليه العمَلُ؛ لأن الاستِصناعَ استِفعالٌ من الصُّنع، وهو العمَلُ، فتَسميةُ العقدِ به دَليلٌ على أنه مَعقودٌ عليه، والأدِيمُ آلةُ العمَلِ.

والأصَحُّ: أن الْمَعقودَ عليه العَينُ الْمُستصنَعُ فيه، ولهذا لو جاء به مَفروغًا عنه لا من صَنعته، أو من صَنعته قبلَ العقدِ، فأخَذه: جاز.

وإنما يَبطُلُ بمَوت أحَدِهما: لأن له شبهًا بالإجارة ابتِداءً؛ حيث طَلَبَ العمَلَ.

وإذا عَمِله الصّانعُ، فقبْلَ أن يَراه الْمُستصنِعُ باعه من غَيره: صَحّ؛ لأن العقدَ لم يَتعيَّن فيه قبلَ اختِيارِه.

وإذا أحضَره ورَآه الْمُستصنِعُ فهو بالخِيار، إن شاء أخَذه، وإن شاء تَركه؛ لأنه اشتَرى ما لم يَرَه.

وهذا يَدُلُّ على أن الْمَعقودَ عليه العَينُ؛ لأن خِيارَ الرُّؤيةِ إنما يَثبُتُ في بَيع العَينِ.

ولا خِيارَ للصّانِع، بل يُجبَرُ على العَمَل؛ لأنه باع ما لم يَرَه.

وعن[1] أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أن له الخِيارَ أيضًا؛ لأنه لا يَقدِرُ على تَسليم الْمَعقودِ عليه إلا بضرَرٍ؛ فإنه يَحتاجُ إلى شِراء الأدِيمِ وآلاتِ العمَلِ وإفسادِ بعضِها ليُحصِّلَ ما باعه.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه لا خِيارَ لواحِدٍ منهما.

أما الصّانعُ: فلِما مَرّ.

وأما الْمُستصنِعُ: فلأن في إثبات الخِيارِ له إضرارًا بالصّانِع، فربما لا يَرغَبُ غيرُه في

---

(١) في (ب): وعند.

شِرائه بتلك الصِّفةِ.

والصَّحيحُ: أن للمُستصنِعِ الخِيارَ، ولا خِيارَ للصّانِعِ.

ولا يَصِحُّ فيما لا تَعامُلَ فيه، كالجِباب والثِّيابِ؛ لأن مُجوِّزَ الاستِصناعِ التَّعامُلُ، ولا مُجوِّزَ فيما لا تَعامُلَ فيه، فيُعمَلُ بالقِياس.

وفيما فيه تَعامُلٌ إنما يَجوزُ إذا أمكَن إعلامُه بالوَصف؛ ليَقدِرَ على تَسليمه.

ومُؤَجَّلُه سَلَمٌ(س م).

ولو ضُرِب الأجَلُ فيما فيه تَعامُلٌ: صار سَلَمًا عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وعندَهما: هو استِصناعٌ.

ولو ضُرِب الأجَلُ فيما لا تَعامُلَ فيه: صار سَلَمًا عندَهم، حتى يُشترَطُ قبضُ رأسِ المالِ، واستِقصاءُ الوصفِ، ولا يَكونُ فيه خِيارُ الرُّؤيةِ.

والحاصِلُ: أن الْمَبيعَ لَمَّا كان دَينًا أمكَن تَصحيحُه سَلَمًا واستِصناعًا، لكنهما رَجَّحا الاستِصناعَ: إعمالًا للَّفظ في حَقيقته، وحملًا للتَّأجيل على التَّعجيل في الْمُدّة، بخِلاف ما لا تَعامُلَ فيه؛ لأنه لا يُمكِنُ تَصحيحُه استِصناعًا، فحُمِل على السَّلَم ضَرورةً.

وهو رَجَّح السَّلَمَ: لأن جَوازَه بالكِتاب والسُّنّةِ الْمُستَفيضةِ وإجماعِ الأُمّةِ، وجَوازَ الاستِصناعِ بالتَّعامُل، وفيه شُبهةٌ؛ لأن عندَ زفرَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لا يَجوزُ، وبالحَديث[1] الغَريبِ[2].

الاستيفاءُ بقَبض عَينٍ: مَضمونٌ من جِنسه بعدَ العقدِ، فيَصيرُ مُستوفِيًا بالغَصب والقرضِ بعدَه، لا قبلَه.

---

(١) عطف على قوله: بالتعامل. وفي (ب): بالحديث.

(٢) أي أحاديث استصناع الخاتم والمنبر، فإنها أحاديث آحاد، والغريب: هو ما رواه راو فقط.

الاستِيفاءُ بقَبضِ عَينٍ[1]: مَضمونٌ من جِنسه بعدَ العقدِ، فيَصيرُ مُستوفِيًا بالغَصب والقَرضِ بعدَه لا قبلَه، حتى لو غَصَب ربُّ السَّلَمِ كُرًّا، أو استَقرَض كُرًّا من الْمُسلَم إليه بعدَ عقدِ السَّلَمِ: يَصيرُ قِصاصًا.

وآخِرُ الدَّينَين: إيفاءٌ لأوَّلهما.

ولو كانا قبلَه: لا يَصيرُ قِصاصًا؛ لأن الشَّرطَ أن يَصيرَ مُستوفِيًا دَينَ السَّلَمِ بدَينٍ آخرَ عليه، ولا يَصيرَ مُوفِيًا دَينًا آخرَ عليه بدَين السَّلَمِ؛ حتى لا يَكونَ استِبدالًا، وإنما يَصيرُ مُستوفِيًا دَينَ السَّلَمِ بدَينٍ آخرَ إذ أوجَب[2] دَينًا آخرَ عليه بعدَ عقدِ السَّلَمِ؛ لأن آخِرَ الدَّينَين إيفاءٌ لأوَّلهما؛ إذ الإيفاءُ يَحصُلُ[3] بالقِصاص، والقِصاصُ يَقَعُ عندَ وُجوبِ آخِرِ الدَّينَين، والصَّرفُ كالسَّلَم.

أسلَم في كُرِّ بُرٍّ، فباع ربُّ السَّلَمِ منه عبدًا بكُرٍّ مِثلِه، وقَبَض الكُرَّ، لا العبدَ، وفُسِخ البيعُ برُؤيةٍ، أو شرطٍ، أو عَيبٍ، قبلَ قبضٍ، أو بعدَه بقَضاءٍ: رَدَّ مِثلَ الكُرِّ، فلو حَلَّ السَّلَمُ قبلَ ردِّه: صار قِصاصًا، تَقاصّا أوْ لا.

أسلَم في كُرِّ بُرٍّ وسَطٍ، فباع ربُّ السَّلَمِ من الْمُسلَم إليه عبدًا بكُرٍّ وسَطٍ، وقَبَض الكُرَّ لا العبدَ، وفُسِخ البيعُ بما هو فسخٌ من كلِّ وجهٍ، كخِيار رُؤيةٍ، أو شرطٍ، أو عَيبٍ قبلَ القبضِ، بقَضاءٍ أو بلا قَضاءٍ، أو بعدَ القبضِ بقَضاءٍ[4]: يَجِبُ على ربِّ السَّلَمِ ردُّ مِثلِ الكُرِّ الذي هو ثمَنُ العبدِ، ولا يَجِبُ عليه ردُّ عَينِ الكُرِّ الْمَقبوضِ؛ إذ الفسخُ يَرِدُ على ما

(١) في (ب) و(هـ): غير.

(٢) في (ب): إذا أوجب.

(٣) في (هـ): لا يحصل.

(٤) في (هـ): بلا قضاء.

وَرَد عليه العقدُ، والعقدُ وَرَد على كُرٍّ في الذِّمّة لا على كُرٍّ بعَينه، فكذا الفسخُ.

فلو لم يَرُدَّ الكُرَّ حتى حَلَّ السَّلَمُ صار[1] قِصاصًا، تَقاصّا أو لم يَتقاصّا؛ لوُجود عَلامةِ الاستِيفاءِ بعدَ ارتِفاعِ البيعِ، وهو قبضُ عَينٍ مَضمونٍ بعدَ السَّلَمِ.

وكذا لو باع قبلَ السَّلَمِ، وقَبَض الكُرَّ بعدَه.

وكذا لو باع العبدَ قبلَ السَّلَمِ، وقَبَض الكُرَّ بعدَ السَّلَمِ؛ لحُصول الاستِيفاءِ بقَبض عَينٍ[2] مَضمونٍ بعدَ السَّلَمِ.

ولو كانا قبلَه: لم يَصِر قِصاصًا، وإن تَقاصّا، كرَدِّه بعَيبٍ برِضًا بعدَ قبضِه، أو بإقالةٍ.

ولو كان البيعُ والقبضُ قبلَ السَّلَمِ لم يَصِر قِصاصًا، وإن تَقاصّا؛ لأنه لو صار قِصاصًا لصار دَينُ السَّلَمِ إيفاءً لدَين ثمَنِ العبدِ؛ لأن آخِرَ الدَّينَين إيفاءٌ لأوَّلهما، فيَصيرُ استِبدالًا بالْمُسلَم فيه قبلَ القبضِ.

وصار كما لو رُدَّ العبدُ بعَيبٍ برِضًا بعدَ قبضِه أو بإقالةٍ، فإن الكُرَّ لا يَصيرُ قِصاصًا بالكُرِّ وإن تَقاصّا؛ لأن حُرمةَ الاستِبدالِ بالْمُسلَم فيه حقُّ الشَّرعِ، والإقالةُ عقدٌ جَديدٌ في حقِّ الثّالثِ، فصار الكُرُّ مَقبوضًا بجِهة الثَّمَنيّةِ عن العَبد في حقِّ الشَّرعِ، وما يَكونُ على وَجه الاقتِضاءِ بعقدٍ آخَرَ لا يَكونُ استِيفاءً للمُسلَم فيه، فكان استِبدالًا ضَرورةً.

جاء الْمُسلَمُ إليه بكُرٍّ أجوَدَ(س)، أو أردَأَ(س)، وأخَذ دِرهَمًا، أو رَدَّه، أو بثَوبٍ(س) أنقصَ، ورَدَّه، أو أسلَم مِائةً في كُرٍّ، فباع ربُّ السَّلَمِ منه كُرًّا مِثلَه بمِائتَين إلى أجَلٍ، وقَبَضه، وقَضى عنه قبلَ النَّقدِ: لم يَجز.

---

(١) في (هـ): صارا.

(٢) في (ب) و(هـ): غير.

جاء الْمُسلَمُ إليه بكُرِّ بُرٍّ أجوَدَ، وأخَذ دِرهَمًا: لم يَجُز عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ؛ لأنه اعتِياضٌ عن الجَودة، ولا قِيمةَ لها.

وكذا لو جاء بأردأَ، ورَدَّ دِرهَمًا: لم يَجُز عندَهما؛ لأنه إقالةٌ فيما لا حِصَّةَ له من الثَّمَن.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَصِحُّ فيهما؛ لأنه إحسانٌ من الجانِبَين، وقد قال صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: «خيرُكم أحسَنُكم قَضاءً»[1]، وصار كما لو جاء بأزيَدَ بقَفيزٍ، أو بأنقَصَ بقَفيزٍ، وأخَذ[2] أو رَدَّ دِرهَمًا، فإنه يَجوزُ.

ولو جاء بثَوبٍ أنقَصَ بذِراعٍ، ورَدَّ دِرهَمًا، فقَبِل: لم يَجُز عندَهما؛ لأنه إقالةٌ فيما لا تُعلَمُ حِصَّتُه؛ إذ الذَّرْعُ وصفٌ.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَجوزُ، كما لو جاء بثَوبٍ أزيَدَ بذِراعٍ، وطَلَب دِرهَمًا.

ولو أسلَم مِائةً في كُرِّ بُرٍّ، فباع ربُّ السَّلَمِ من الْمُسلَم إليه كُرًّا بمِائتَين إلى أجَلٍ، وقَبَض الكُرَّ، وقَضاه عن السَّلَم قبلَ نقدِ الْمِائتَين: لم يَجُز؛ لأن القبضَ في السَّلَم كإنشاء العقدِ، فكأنه اشتَرى ما باع بأقَلَّ مما باع قبلَ نقدِ الثَّمَنِ.

وكذا لو استَهلَكه، ووَجَب عليه مِثلُه، وتَقاصّا.

ولو استَهلَكه وَجَب عليه مِثلُه؛ لأن القَضاءَ لم يَصِحَّ.

فإن قُضِي عليه بمِثله، فتَقاصّا: لم يَجُز أيضًا؛ لأن الضَّمانَ قائِمٌ مَقامَ الْمَضمونِ، والْمَضمونُ لا يَصلُحُ قَضاءً عن السَّلَم، فكذا الضَّمانُ.

---

(١) رواه البخاري (٢٣٩٠)، ومسلم (١٦٠١).

(٢) في (أ) و(هـ): واحد.

ولو قَبَضه[1]، فقَضاه: صحّ..

ولو قَبَض الكُرَّ الذي عليه، ثم قَضاه عن السَّلَم: صَحّ؛ لأن الدُّيونَ تُقضى بأمثالها، فكان ما قَبَض الْمُسلَمُ إليه من ربِّ السَّلَمِ غيرَ ما وَجَب عليه بجِهة الضَّمانِ؛ إذ الضَّمانُ وَجَب دَينًا في الذِّمّة، والْمَقبوضُ عَينٌ، والعَينُ غيرُ الدَّينِ.

وإنما جُعِل الْمَقبوضُ في حُكم العَينِ في السَّلَم: احتِرازًا عن الاستِبدال، والاستِبدالُ هنا جائِزٌ، فلا يُجعَلُ الْمَقبوضُ عَينَ الدَّينِ.

كبَيع كُرٍّ منه بمَتاعٍ، وتَقابَضا[2]، وقُضِي به، ولو لم يَقبِض الكُرَّ، وتَقاصّا: لا.

وهذا كبَيع ربِّ السَّلَمِ كُرًّا من الْمُسلَم إليه بمَتاعٍ، وتَقابَضا، ثم قَضى به السَّلَمَ: صَحّ، ولو لم يَقبِض الكُرَّ، وتَقاصّا: لا يَصِحُّ؛ لأن قَضاءَه تصرُّفٌ في الْمَبيع قبلَ القبضِ.

فإن تَعيَّب عندَه، واختار أخْذَه مَعيبًا، فتَقاصّا: صحّ.

فإن تَعيَّب الكُرُّ عندَ ربِّ السَّلَمِ، واختار الْمُسلَمُ إليه أخْذَه مَعيبًا، فتَقاصّا: صَحّ؛ لأن شِراءَ ما باع بأقَلَّ مما باع بعدَ التَّعيُّبِ صَحيحٌ.

وإن اختار التَّضمينَ بمِثله، فتَقاصّا: لا.

وإن اختار التَّضمينَ بمِثله، فتَقاصّا: لا يَصِحُّ ما لم يَقبِضه؛ لِما مَرّ.

كما لو قَبَضه الْمُسلَمُ إليه، فغَصَبه ربُّ السَّلَمِ، وتَقاصّا، أو غَصَبه غيرُه، أو أودَعه، وأَحاله به.

ولو قَبَضه الْمُسلَمُ إليه، فغَصَبه ربُّ السَّلَمِ، وتَقاصّا: لم يَجُز؛ لأنه لو أخَذه بِرِضا

---

(١) في نسخة على هامش (ف): وقبضه.

(٢) في (ف): وتقايضا.

الْمُسلَمِ إليه، وتَراضَيا أن يَكونَ ذلك قِصاصًا بكُرِّ السَّلَمِ: لا يَصِحُّ، فهنا أولى.

وكذا لو غَصَبه أجنَبيٌّ من الْمُسلَم إليه، أو أودَعه أجنَبيًّا، وأحال على الغاصِب أو على الْمُودَعِ ربُّ السَّلَمِ: لم يَجُز؛ لِقِيامهما مَقامَ الْمُحيلِ.

ولو تَعيَّب عندَهما قبلَ الحَوالةِ: صحّ.

ولو تَعيَّب عندَ الغاصِبِ أو الْمُودَعِ قبلَ الحَوالةِ: صَحّ، كما لو قَبَضه من الْمُسلَم إليه بعدَ التَّعيُّبِ، واللهُ أعلَمُ.

بَابُ المتفرِّقاتِ

المُتفرِّقاتُ

صحَّ بيعُ الكلبِ(س ف)، وضَمِن مُتلِفُه(ف)، والفهدِ، والسِّباعِ، والطُّيورِ.

صَحَّ بيعُ الكلبِ عندَنا، وضَمِن مُتلِفُه، سَواءٌ كان مُعلَّمًا أو غيرَ مُعلَّمٍ.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا يَصِحُّ بيعُ الكلبِ العَقورِ؛ لأنه لا يُنتفَعُ به، فصار كبَيع الهَوامِّ الْمُؤذِيَةِ.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ: لا يَصِحُّ بيعُ الكلبِ أصلًا؛ لنَهيه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ عن بَيع الكلبِ، وقال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «إن من السُّحت مهرَ البغيِّ، وثمَنَ الكلبِ»(١).

---

(١) رواه الطبراني (٦٦٩٦) بلفظ: «من السحت: ثمن الكلب، ومهر البغي، وكسب الحجام».

وقال في «الدراية» ٢/ ١٦١: ابن حبان (٤٩٤١) من طريق قيس بن سعد عن عطاء عن أبي هريرة رفعه: «إن مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت»، وأخرجه الدارقطني (٣٠٦٤) من وجهين ضعيفين عن عطاء.

ورواه أبو يعلى والنسائي في «الكبرى» (٤٦٦٦) من طريق إبراهيم بن محمد: سمعت السائب بن يزيد رفعه: «السحت ثلاث: مهر البغي، وكسب الحجام، وثمن الكلب»...

وأصل الحديث في الصحيحين (البخاري ٢٢٣٧ ومسلم ١٥٦٧) عن أبي مسعود: أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن.

وعن رافع بن خديج رفعه (مسلم ١٥٦٨): «ثمن الكلب خبيث، ومهر البغي خبيث، وحلوان=

ولأن سُؤرَه نَجِسٌ، فيَحرُمُ بيعُه، كالخِنزير، وعكسُه الشّاةُ؛ وهذا لأن نَجاسةَ السُّؤرِ آيةٌ[1] نَجاسةِ العَينِ، ونَجاسةُ العَينِ آيةُ[2] هَوانِه، وجَوازُ بيعِه دَليلُ عِزّتِه، وهما مُتنافيان، فلا يَجتمِعان.

ولنا: ما رَوى ابنُ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عن بَيع الكلبِ إلا كلبَ صَيدٍ أو ماشِيةٍ[3]، ....

=الكاهن خبيث».

ولمسلم (١٥٦٩) عن جابر: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ زجر عن ثمن الكلب.

(١) في (ب): دليل.

(٢) في (ب): دليل.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ٥٣: غريب بهذا اللفظ، وأخرج الترمذي (١٢٨١) عن أبي المهزم يزيد بن سفيان عن أبي هريرة قال: نهى عن ثمن الكلب إلا كلب الصيد. انتهى، وقال: لا يصح من هذا الوجه، وأبو المهزم تكلم فيه شعبة، وقد روي عن جابر مرفوعًا نحو هذا، ولا يصح إسناده أيضًا. انتهى.

وحديث جابر هذا الذي أشار إليه أخرجه النسائي (٤٦٦٨) عن حجاج بن محمد عن حماد بن سلمة عن أبي الزبير عن جابر أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب صيد. انتهى، وقال: حديث منكر، وقال مرة: ليس بصحيح. انتهى.

وأخرجه الدارقطني (٣٠٦٥) عن الحسن بن أبي جعفر عن أبي الزبير به (قلت: المستثنى المذكور من هذا الطريق هو الكلب المعلَّم، أما كلب الصيد فمن طريق عبيد الله بن موسى عن حماد بن سلمة عن أبي الزبير ورقمه ٣٠٦٧).

وأخرجه البيهقي (١١٠١٢) عن عبد الواحد بن غياث ثنا حماد ثنا أبو الزبير عن جابر، قال: نهى عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب صيد، قال البيهقي: هكذا رواه عبد الواحد، وسويد بن عمرو عن حماد، ولم يذكر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ورواه عبيد الله بن موسى عن حماد بالشك في ذكر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فيه، ورواه الهيثم بن جميل عن حماد، وقال فيه: نهى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ورواه الحسن بن أبي جعفر عن أبي الزبير عن جابر عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وليس بالقوي، والأحاديث الصحيحة عن النبي=

وعن ابن عمرٍو[1] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضى في كلبٍ بأربعين دِرهَمًا[2].

فدَلَّ أن بيعَه جائزٌ، وإتلافَه مَضمونٌ.

ولأنه مالٌ مُتقوَّمٌ آلةٌ[3] للاصطِياد، فصَحَّ بيعُه، كالبازيِّ؛ وهذا لأنه غيرُنا، خُلِق[4] لِمَصالِحنا، ويَجري فيه الشُّحُّ، فكان مالًا، وأُبيح الانتِفاعُ به شرعًا حِراسةً واصطِيادًا، فكان مُتقوَّمًا.

بخِلاف الهَوامِّ الْمُؤذِيةِ؛ لأنه لا يُنتفَعُ بها.

= صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في النهي عن ثمن الكلب خالية عن هذا الاستثناء، وإنما الاستثناء في أحاديث النهي عن الاقتناء، فلعله شبه على من ذكر في حديث النهي عن ثمنه من الرواة الذين هم دون الصحابة والتابعين. انتهى كلامه.

حديث آخر: رواه أبو حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في «مسنده» (٣٤١) عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس قال: أرخص رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في ثمن كلب الصيد. انتهى، وهذا سند جيد، فإن الهيثم ذكره ابن حبان في «الثقات» من أثبات التابعين، ورواه ابن عدي في الكامل (١/ ٣٢٠) حدثنا أحمد بن علي المدائني ثنا أبو علي أحمد بن عبد الله الكندي ثنا علي بن معبد ثنا محمد بن الحسن عن أبي حنيفة عن الهيثم به، أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رخص في ثمن كلب الصيد. انتهى. وأعله بأبي علي الكندي، وهو المعروف باللجلاج، قال: وله أشياء ينفرد بها من طريق أبي حنيفة. انتهى، وقال ابن القطان: اللجلاج لم تثبت عدالته، وقد حدث بأحاديث كثيرة لأبي حنيفة كلها مناكير لا تعرف. انتهى.

(١) كذا في (أ)، وفي (ب): ابن عباس، وفي الباقي: ابن عمر.

(٢) روى ابن أبي شيبة (٢٠٩٢١)، والدارقطني (٤٥٩٨)، والبيهقي (١١٠١٥) عن عبد الله بن عمرو قال: قضى في كلب الصيد بأربعين درهمًا، وفي كلب الماشية شاةً من الغنم، وفي كلب الحرث فَرْقٌ من طعام، وفي كلب الدار فرقٌ من تراب، حق على الذي أصابه أن يعطيه، وحق على صاحب الدار أن يقبله.

(٣) في (د): وآلة.

(٤) في (ب): غير ناطق.

ومَرويُّه مَحمولٌ على ابتِداء الإسلامِ حينَ كان يَأمُرُ بقَتل الكِلابِ[1]؛ قلعًا لهم عمّا أَلِفوا من مُصاحَبتها، فلما تَركوا الإلفَ سَقط ما ثَبت تَغليظًا.

ونَجاسةُ عَينِه مَمنوعةٌ؛ إذ يَحِلُّ الانتِفاعُ بجِلده، كما مَرّ، ولئن سُلِّم فيَحرُمُ الأكلُ دونَ البيعِ.

وصَحّ بيعُ الفهدِ والسِّباعِ والطُّيورِ؛ لأنها أموالٌ مُتقوَّمةٌ.

وحظٌّ من الدّار إن عَلِماه(س م)، ودارٍ بطُرُقها(ز).

وحظِّه[2] من هذه الدّارِ إن عَلِمه البائعُ والْمُشتَري.

وإن لم يَعلَما بمِقداره: لم يَصِحَّ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ للجَهالة.

وعنه: أنه يَصِحُّ وإن لم يَعلَماه، وهو قولُ أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن هذه جَهالةٌ لا تُفضِي إلى النِّزاع؛ لِرضاهما بها.

وعنه: أنه يُشترَطُ عِلمُ الْمُشتَري فقط، وهو قولُ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن ما يَصيرُ له مَجهولٌ، وما يَصيرُ للبائِع مَعلومٌ.

ودارٍ بطُرُقها؛ لأنه يَقعُ على طُرُقها الخاصّةِ.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَصِحُّ؛ لأنه يَعُمُّ طُرُقَ العامّةِ.

ودُهنٍ نَجِسٍ(ف)، وبُرٌّ على أن يُوفِيَه في بَلَده في مَنزِله(م).

ودُهنٍ نَجِسٍ، بأن وَقَعت فيه نَجاسةٌ؛ لأنه نَجِسٌ بمُجاوِرٍ، فصَحّ بيعُه، كثَوبٍ نَجِسٍ.

---

(١) الأمر بقتل الكلاب رواه البخاري (٣٣٢٣)، ومسلم (١٥٧٠).

(٢) أي وصح بيع حظه.. وفي (ب) و(و): وحنطة، وفي (هـ): وخطة.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَصِحُّ؛ لأنه مائِعٌ نَجِسٌ، كالدَّم.

وبُرٌّ على أن يُوفِيَه في بَلَده الذي عَقَدا فيه في مَنزِله؛ لأنه بيعٌ بشَرط التَّسليمِ، فصَحّ؛ لأن العقدَ يُوجِبُه.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَصِحُّ؛ لأنه بيعٌ وشرطٌ.

والذِّمِّيُّ كالْمُسلِمِ في غيرِ الخمرِ والخِنزيرِ.

والذِّمِّيُّ كالْمُسلِمِ في البُيوع في غَير[1] الخمرِ والخِنزيرِ؛ لقَوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا بَذَلوا الجِزيةَ فلهم ما للمُسلِمين، وعليهم ما على الْمُسلِمين»[2].

ولأنه مُكلَّفٌ مُحتاجٌ كالْمُسلِم، فاستَويا في مُباشَرة العُقودِ التي هي وَسيلةٌ إلى إِقامة[3] التَّكاليفِ.

إلا في الخَمر والخِنزيرِ خاصّةً، فإنَّ عَقْدَهم عليهما كعَقْدنا على الخلِّ والشّاةِ؛ لأنهم

---

(١) سقطت من (هـ).

(٢) روى النسائي في «الكبرى» (٨٦٢٧) ولفظه: «وإذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى ثلاث، فإن أجابوك إليها فاقبل منهم، وكف عنهم: ادعهم إلى الإسلام، فإن فعلوا فأخبرهم أن لهم ما للمسلمين، وأن عليهم ما على المسلمين، ثم ادعهم إلى التحول من دارهم إلى دار المهاجرين...».

وروى الإمام أحمد (١٣٠٥٦)، وأبو داود (٢٦٤١)، والترمذي (٢٦٠٨)، والنسائي (٣٩٧٦)، واللفظ لأبي داود: عن أنسٍ قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أُمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله، وأن محمدًا عبده ورسوله، وأن يستقبلوا قبلتنا، وأن يأكلوا ذبيحتنا، وأن يصلوا صلاتنا، فإذا فعلوا ذلك حرمت علينا دماؤهم وأموالهم، إلا بحقها: لهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين».

قلت: لعل هذه الأحاديث تشير إلى من أسلم لا إلى الذميين، فيستشهد لقضية الذميين بما رواه البيهقي (١٥٩٤٣) عن سيدنا عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: من كان له ذمتنا فدمه كدمنا، وديته كديتنا. والله أعلم.

(٣) في (ب): إدامة.

يَعتقِدون إباحةَ الانتِفاعِ بهما، وقد أُمِرنا بتَركهم وما يَدِينون، ولذا قال عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَلُّوهم بيعَها، وخُذوا العُشرَ من أثمانها[١].

ويُجبَرُ على بَيع عبدٍ مُسلِمٍ، أو مُصحَفٍ اشتَراه[ف].

وإذا اشتَرى[٢] عبدًا مُسلِمًا أو مُصحَفًا: صَحّ، ويُجبَرُ على بَيعه من مُسلِمٍ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: بَطَل بيعُه[٣]؛ لأنه لو صَحَّ لأُقِرَّ عليه، كالمُسلِم.

ولنا: أنه مَلَك بيعَه، فمَلَك شِراءَه، كالمُسلِم.

ما حَرَّم البيعَ حَرَّم القبضَ، كالإِسلام[٤] في الخَمر[٥]، إلا إذا تَخلَّلت[ز]، والإحرامِ في الصَّيد.

القبضُ بحُكم البيعِ يُشبِهُ البيعَ من حيث إنه يُفيدُ مِلكَ التَّصرُّفِ، فما حَرَّم البيعَ حَرَّم القبضَ، كالإِسلام[٦] في الخَمر، إلا إذا تَخلَّلت.

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٥٦: رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (٩٨٨٦) ... قال: بلغ عمر بن الخطاب أن عماله يأخذون الجزية من الخمر، فناشدهم ثلاثًا، فقال له بلال: إنهم ليفعلون ذلك، قال: فلا تفعلوا، ولُّوهم بيعها، فإن اليهود حُرِّمَت عليهم الشحوم فباعوها، وأكلوا أثمانها. انتهى. ورواه كذلك أبو عبيد في كتاب «الأموال» (١٢٩)، وقال فيه: ولوهم بيعها، وخذوا أنتم من الثمن، فإن اليهود... إلى آخره، قال أبو عبيد: كانوا يأخذون من أهل الذمة الخمر والخنازير في جزية رؤوسهم وخراج أرضهم بقيمتها، ثم يتولى المسلمون بيعها، فهذا الذي أنكره بلال، ونهى عنه عمر، ثم رخص لهم أن يأخذوا ذلك من أثمانها إذا كان أهل الذمة المتولين لبيعها، لأنها مالُهم، وليست بمال للمسلمين. انتهى.

(٢) أي الذمي.

(٣) في حاشية (أ): له. ظ.

(٤) أي السلم.

(٥) في (ف): الخمر والخنزير.

(٦) في (هـ): كالسلم.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لَمَّا ارتَفَع العقدُ بالإسلام لا يَعودُ إلى الجَواز بالتَّخلُّل.

ولنا: أن البيعَ صَحَّ حينَ وَقَع، واعتَرَض ما يُوجِبُ الفَسادَ، ولكنه ارتَفَع بالتَّخلُّل قبلَ التَّقرُّرِ، فصار كزَوال الجَهالةِ في الأجَل قبلَ حُلولِه، والإحرامِ في حقِّ الصَّيدِ، بأن اشتَرى مُسلِمٌ من مُسلِمٍ صيدًا، ولم يَقبِضه حتى أحرَم أحَدُهما: فَسَد البيعُ.

والعاقِدُ الوَكيلُ (س م) كالأَصيل.

والعاقِدُ الوَكيلُ كالأصِيل.

وإن أسلَم الْمُوكِّلُ، أو أحرَم الْمُوكِّلُ: لا يَفسُدُ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن التَّوكيلَ به يَصِحُّ، فالبَقاءُ أحَقُّ، وعندَهما: يَبطُلُ، كالابتِداء.

مَجوسيٌّ باع ما خَنَق، أو ذَبَح، أو جَرَح.. من مِثله: صحّ (م).

مَجوسيٌّ باع ما خَنَق، أو ذَبَح، أو جَرَح، أو وَقَذ.. من مَجوسيٍّ: صَحَّ عندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنها ذَكِيّةٌ عندَهم.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَصِحُّ؛ لأنها ميْتةٌ، ولا قِيمةَ لها عندَ أحدٍ.

(بِعْ دارَك من زيدٍ بألفٍ على أنّي ضامِنٌ لك مِائةً سِوى الألفِ)، فباع: صحَّ بألفٍ، وبطَل الضَّمانُ.

ومن قال لآخرَ: (بِعْ دارَك من زَيدٍ بألفٍ على أنّي ضامِنٌ لك مِائةً سِوى الألفِ)، فباع: صَحَّ بألفٍ، ولا يَجِبُ على الضّامِن شيءٌ.

وإن زاد: (من الثَّمَن): فالألفُ على زيدٍ، والْمِائةُ على الضّامِن.

وإن زاد: (من الثَّمَن)، بأن قال: (بِعْ دارَك من زَيدٍ بألفٍ على أنّي ضامِنٌ لك مِائةً من الثَّمَن سِوى الألفِ)، فباع: فالألفُ على زَيدٍ، والْمِائةُ على الضّامِن.

وهذا بِناءً على أن الزِّيادةَ في الثَّمَن والْمُثْمَنِ من العاقِدَين تَصِحُّ عندَنا، وتَلتحِقُ بأصل العقدِ، كأن العقدَ وَرَد ابتِداءً على الأصل والزِّيادةِ، كما مَرّ.

وعلى أن أصلَ الثَّمَنِ لم يُشرَع بغَير مالٍ يُقابِلُه، ولهذا لا يَصِحُّ إيجابُه على الأجنَبيّ؛ لأنه لا يَستفيدُ بإزائه مالًا، فأما فُضولُ الثَّمَنِ: فيُستغنَى عنه، حتى تَصِحَّ الزِّيادةُ من الأجنَبيِّ كما تَصِحُّ من الْمُشتَري؛ إذ لا يَسلَمُ شيءٌ لهما بمُقابَلة الزِّيادةِ، وصارت كبَدَل الخُلعِ، فإنه يَصِحُّ على غَير الْمَرأةِ؛ لأنه لم يَسلَم لهما[1] شيءٌ؛ إذ البُضعُ عندَ الخُروجِ غيرُ مُتقوَّمٍ.

لكن مِن شرطِها الْمُقابَلةُ تَسميةً وصُورةً، حتى يَجِبُ حسَبَ وُجوبِ الثَّمَنِ بواسِطة الْمُقابَلةِ.

فإذا قال: (من الثَّمَن) فقد جَعَل الْمِائةَ بمُقابَلة الْمَبيعِ صُورةً، فوُجِد شرطُها، فيَصِحُّ، وإذا لم يَقُل: (من الثَّمَن) لم تُوجَد الْمُقابَلةُ صُورةً ولا معنًى، فلم يُوجَد شرطُها، فلا يَصِحُّ، وبَقِي التِزامُ المالِ ابتِداءً ليَبيعَ دارَه من غَيره، وهو رِشوةٌ، وهي حَرامٌ.

> ولا تَظهَرُ في الحَبس، والشُّفعةِ، والْمُرابَحةِ.

ولا يَظهَرُ في الحَبس والشُّفعةِ والْمُرابَحةِ، حتى إذا أَخذ البائِعُ الألفَ من الْمُشتَري لا يَحبِسُ الْمَبيعَ لأجْل الْمِائةِ، ويُرابِحُ على الألف؛ لأنه قام عليه به، ويَأخُذُ الشَّفيعُ بالألف؛ لأنه إنما يَأخُذُ بثَمَنٍ يَجِبُ على الْمُشتَري، وهو ألفٌ.

> ولو ضَمِن بأمره: ظَهَرت، وطُولِب فقط، ورَجَع.

ولو ضَمِن الزِّيادةَ بأمر الْمُشتَري ظَهَرت فيها، فللبائِع أن يَحبِسَ لاستيفاء الزِّيادةِ، ويَأخُذُ الشَّفيعُ بألفٍ ومِائةٍ، ويُرابِحُ على ألفٍ ومِائةٍ.

(١) في (ب): لها.

وطُولِب الضّامنُ فقط بالزِّيادة، ورَجَع إن أدّى؛ لأن الْمُشتريَ متى أمَره بالزِّيادة قبلَ الشِّراءِ صار وَكيلًا من جِهَته في حقِّ الزِّيادةِ، وحُقوقُ العقدِ تَرجعُ إلى الوَكيل لا إلى الْمُوكِّل.

وإذا أدّى رَجَع به على الْمُشتَري، كالوَكيل بالشِّراء إذا نَقَد الثَّمَنَ من مال نفسِه.

وإن تَقايَلا، أو رَدَّ بعَيبٍ: رَجَع الزّائدُ بما زاد، وإن زاد بعدَ البيعِ: بأَمره يَلزَمُ الْمُشترِيَ دونَه.

وإذا تَقايَلا أو رَدَّ بعَيبٍ: رَجَع الزّائدُ بما زاد.

وإن زاد بعدَ البيعِ بأَمره يَلزَمُ الْمُشتريَ دونَه؛ لأنه بمَنزِلة الرَّسولِ؛ لحاجته إلى الإِضافة، كالوَكيل بالنّكاح.

وإن أَضاف، أو ضَمِن: طُولِب، ورَجَع، وبلا أمرٍ: طُولِب لو ضَمِن أو أَضاف، وإلا تَوقَّف.

وإن أَضاف إلى نَفسه، أو ضَمِن: طُولِب بالضَّمان، ورَجَع على الآمِر، كالوَكيل بالنّكاح.

وإن زاد بلا أَمره: طُولِب لو ضَمِن أو أَضاف، ولا يَرجعُ، وإن لم يَضمَن ولم يُضِف: تَوقَّف على إِجازته.

صالَح أجنَبيٌّ عن عَيبٍ بلا أَمر البائِعِ: صحّ.

صالَح أجنَبيٌّ عن عَيبٍ مع الْمُشتَري بلا أَمر البائِعِ: صَحّ؛ لأنه لا يَجِبُ به شيءٌ، بل يَسقُطُ ما كان للمُشتَري، كما في الخُلع.

وطءُ زوجِ الْمُشتَراةِ قبضٌ، لا عقدُه.

وطءُ زوجِ الْمُشتَراةِ قبضٌ، لا عقدُه، حتى لو اشتَرى أمةً، ولم يَقبِضها حتى زَوَّجها، فوَطِئها زوجُها: فالنِّكاحُ جائزٌ[1]؛ لأنها صارت مَملوكةً له بنَفس الشِّراءِ، والْمِلكُ مُطلَقٌ للتَّصرُّف.

وكان القِياسُ جَوازَ بيعِها، إلا أنه امتَنَع للغَرَر، والنِّكاحُ لا يَبطُلُ به، ولهذا لا يَصِحُّ بيعُ الآبِقِ، ويَصِحُّ[2] تزويجُ الآبِقةِ.

وهو قبضٌ من الْمُشتَري؛ لأن الوطءَ استِيلاءٌ على المحَلّ، وقد فَعَل الزَّوجُ ذلك بتَسليط الْمُشتَري، فصار بمَنزِلة فِعلِ الْمُشتَري بنَفسه.

وإن لم يَطَأها الْمُشتَري[3] فليس بقبضٍ، والقِياسُ: أن يَصيرَ الْمُشتَري قابِضًا بنَفس النِّكاحِ؛ لأن النِّكاحَ تَعييبٌ حُكميٌّ، حتى لو اشتَرى أمةً، فوَجَدها ذاتَ زوجٍ: له ردُّها، فيُعتبَرُ بالتَّعييب الحَقيقيِّ.

وجهُ الاستِحسانِ: أن الوطءَ فِعلٌ حِسِّيٌّ، كالقَبض، فيَعمَلُ عمَلَه، ولا كذلك النِّكاحُ؛ لأنه حُكميٌّ.

وقولُه في «الهِداية»: (إن في الحَقيقيِّ استِيلاءً على المحَلّ، وبه يَصيرُ قابِضًا).. يَنتَقِضُ بالتَّدبير، فإنه يَصيرُ به قابِضًا، وليس فيه مَعنى الاستِيلاءِ على المحَلّ.

ويُجابُ: بأنه إتلافٌ من وجهٍ.

اشتَرى عبدًا، فغاب، فبَرهَن البائعُ على بَيعه، وغَيبتُه مَعروفةٌ: لم يُبَع بدَينه، وإلا بِيعَ.

ومن اشتَرى عبدًا، وغاب الْمُشتَري قبلَ أن يَقبِضَ العبدَ ويَنقُدَ الثَّمَنَ، فبَرهَن البائعُ

---

(١) في (هـ): صحيح.

(٢) في (ب): ويجوز، وفي (هـ): وصح.

(٣) مثبتة من (هـ).

عندَ القاضِي أن هذا العبدَ كان له باعه من فُلانٍ، وغاب قبلَ أن يَنقُدَ الثَّمَنَ، وطَلَب من القاضِي أن يَبيعَه بدَينه.. فإن غاب الْمُشتَري غَيبةً مَعروفةً: لم يَبِع القاضِي في دَين البائِعِ؛ لأنه يَتوصَّلُ إلى حقِّه بدُون البيعِ بالذَّهاب إلى مَكان الْمُشتَري، فلا حاجةَ إلى بَيعه، وفيه إبطالُ حقِّ الْمُشتَري.

وإن غاب غَيبةً لم يُدْرَ أين هو: باع القاضِي العبدَ في دَين البائِعِ، وأَعطى الثَّمَنَ إذا أَقام البائِعُ بَيِّنةً على ما ادَّعى؛ لأن مِلكَ الْمُشتَري ظَهَر بإقراره، فيَظهَرُ على وجهٍ أقَرَّ به، وقد أقَرَّ به مَشغولًا بحقِّه، فيَظهَرُ الْمِلكُ للغائِب مَشغولًا بحقِّ البائِعِ، ولا يَقدِرُ البائِعُ أن يَصِلَ إلى حقِّه، فاحتِيج إلى بَيعه إحياءً لحقِّه، كالرّاهِن إذا مات، والْمُشتَري إذا مات مُفلِسًا ولم يَقبِض الْمَبيعَ.

بخِلاف ما بعدَ القبضِ؛ لأنه لم يَبقَ حقُّه مُتعلِّقًا به.

ثم إن كان الثَّمَنُ الثّاني أكثَرَ من الثَّمَن الأوَّلِ يُمسِكُ الفضلَ للمُشتَري حتى يَحضُرَ؛ لأنه بدَلُ حقِّه، وإن كان أنقَصَ من الثَّمَن الأوَّلِ رَجَع البائِعُ على الْمُشتَري إذا ظَفِر به.

ولو غاب أحَدُ الْمُشترِيَين: دَفَع الحاضِرُ الثَّمَنَ، وقَبَض الكلَّ(س)، وحُبِس لِيَنقُدَ.

فإن كان الْمُشتَري اثنَين، وغاب أحدُ الْمُشترِيَين: فللحاضِر أن يَدفَعَ كلَّ الثَّمنِ ويَقبِضَ العبدَ، فإذا حَضَر الآخَرُ له أن يَحبِسَه حتى يُعطِيَه ما نَقَد من الثَّمَن من حِصّته، وهذا قولُ[1] أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: إذا نَقَد الحاضِرُ الثَّمَنَ كلَّه لم يَأخُذ إلا نَصيبَه من العَبد، وكان مُتبرِّعًا فيما أدّى عن صاحِبه؛ لأن الحاضِرَ قَضى دَينَ الغائِبِ بغَير أمرِه، فلا يَرجِعُ عليه، والحاضِرُ أجنَبِيٌّ عن نَصيب الغائِبِ، فلا يَقبِضُ نَصيبَه.

(١) في (هـ): وهذا عند.

ولهما: أن الحاضِرَ مُضطَرٌّ إلى أداء كلِّ الثَّمنِ؛ لأن للبائِعِ حقَّ حبسِ كلِّ الْمَبيعِ إلى أن يَستوفِيَ كلَّ الثَّمنِ، فصار مُضطرًّا في أداء حِصّةِ صاحِبِه من الثَّمَن، فكان له وِلايةُ أداءِ نَصيبِ صاحِبِه من الثَّمَن لكي يَصِلَ إلى قَبض حقِّه من الْمَبيع، فاعتُبِر الحاضِرُ وَكيلًا عن صاحِبه لا مُتبرِّعًا؛ إذ لا تَبرُّعَ مع الضَّرورةِ، وصار كمُعير الرَّهنِ، فإنه يَرجِعُ بما أدّى: لكَونه مُضطرًّا في تَخليص مِلكِه.

وإذا كان له أن يَرجِعَ عليه كان له وِلايةُ الحبسِ عنه إلى أن يَستوفِيَ حقَّه، كالوَكيل بالشِّراء إذا أدّى الثَّمَنَ من مال نفسِه.

باع بألفِ مِثقالِ ذَهَبٍ وفِضّةٍ: تَنصَّفا.

ومن باع أمةً بألف مِثقالِ ذهَبٍ وفِضّةٍ فهما نِصفان، ويَجِبُ خمسُمِائةِ مِثقالِ ذهَبٍ، وخمسُمِائةِ مِثقالِ فِضّةٍ؛ لأنه أَضاف الألفَ إليهما، ولا رُجحانَ لأحَدهما على الآخَر، فاستَويا.

وإن قال: بألفٍ من الدَّارهِم والدَّنانيرِ: فعليه خمسُمِائةِ دِينارٍ من الْمَثاقِيل، وخمسُمِائةِ دِرهَمٍ وزنَ سَبعةٍ؛ لأنه أَضاف الألْفَ إليهما، فانصَرَف إلى وزنٍ مَعهودٍ في كلِّ فردٍ منهما.

قُضِي زَيفٌ عن جَيِّدٍ، وتَلِف: تَمَّ(س).

ومن له على آخرَ دَراهِمُ جِيادٌ، فقَضاها زُيوفًا وهو لا يَعلَمُ، فأنفَقها، أو هَلكت، ثم عَلِم: فليس عليه شيءٌ، وقد تَمَّ استِيفاؤُه عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَرُدُّ القابِضُ عليه مِثلَ زُيوفِه، ويَرجِعُ عليه بالجِياد؛ لأن حقَّ ربِّ الدَّينِ مَرعيٌّ في صِفة مِلكِه كما في قَدْره، ولهذا لو كان الْمَقبوضُ قائِمًا له أن يَرُدَّه ويَرجِعَ بمِثل حقِّه، ولو قَبَض دونَ حقِّه قَدْرًا لم يَسقُط حقُّه في الْمُطالَبة بالباقِي،

فكذا إذا قَبَض دونَ حقِّه وصفًا.

إلا أنه تَعذَّر تَضمينُ الوصفِ؛ لأنه لا قِيمةَ للجَودة عندَ الْمُقابَلةِ بجِنسها، ولأنه يُؤدِّي إلى الرِّبا، فيُصارُ إلى ردِّ مِثْلِ الْمَقبوضِ والْمُطالَبةِ بالجِياد؛ إحياءً لحقِّه في الجَودة.

ولهما: أن الْمَقبوضَ من جِنس حقِّه، حتى لو تُجُوِّز به في الصَّرف والسَّلَمِ جاز، ولو لم يكن من جِنس حقِّه لكان استِبدالًا ببَدَل الصَّرفِ والسَّلَمِ، وهو حَرامٌ، فوَقَع به الاستِيفاءُ.

وإنما بَقِي حقُّه في جَودةٍ لا قِيمةَ لها: لِما مَرّ، ولا يُمكِنُ تَدارُكُها بضَمان الأصلِ؛ لأن القَضاءَ بالضَّمان على القابِض حقًّا له مُمتنِعٌ.

أفرَخ طيرٌ، أو باض، أو تكنَّس[1] ظبي.. في أَرضه: فهو للآخِذ.

أفرَخ طيرٌ أو باض، أو تكنَّس[2] ظبيٌ.. في أَرضِ رَجُلٍ: فهو لمن أخَذه لا لربِّ الأرضِ؛ لأنه مُباحٌ سَبقت إليه يدُ الآخِذِ، فكان أحَقَّ به.

ولأنه صَيدٌ، قال اللهُ تَعالى: ﴿لَيَبْلُوَنَّكُمُ ٱللَّهُ بِشَىْءٍ مِّنَ ٱلصَّيْدِ تَنَالُهُۥٓ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ﴾ [المائدة: ٩٤]، يَعني: البيضَ والفِراخَ.

وقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الصَّيدُ لمن أخَذ»[3][4]، ولهذا يَجِبُ الجَزاءُ على الْمُحرِمِ

---

(١) في (س) و(ع): تكسر.

كنس الظبي: دخل في الكِناس، كُنوسًا، من باب طلب، وتكنس مثله. «المغرب» ص٤١٧.

وكِناس الظبي بالكسر: بيته. «المصباح» ٢/ ٥٤٢.

(٢) كذا في (ب) ونسخة على هامش (أ) و(ج) و(د)، وفي (هـ): تنكس، وفي الباقي: تكسر.

قال في «المغرب» ص٤١٧ بعد أن فسر التكنس بنحو ما أسلفته: ويروى: تكسَّر وانكسر.

(٣) في (د): أخذه.

(٤) قال في «نصب الراية» ٤/ ٣١٨: غريب. انتهى. وذكره من أئمتنا السرخسي في «المبسوط» ١١/ ٢٢٠.

بكَسره وشَيِّه.

وهذا إذا لم يُهيِّئ ربُّ الأرضِ أرضَه للاصطِياد؛ إذ الحُكمُ لا يُضافُ إلى شيءٍ يَصلُحُ سبَبًا إلا بالقَصد لذلك؛ ألا تَرى أن من نَصَب شَبَكةً للجَفاف، فتَعقَّل[١] بها صيدٌ، أو دَخَل صيدٌ دارَه، أو وَقَع ما يُنثَرُ من السُّكَّر والدَّراهِمِ في ثِيابه، ولم يَكُفَّه[٢]، ولم يكن مُستعِدًّا له: فإنه لا يَملِكُه، كذا هذا.

فإن هَيَّأها له: فجَميعُ ذلك لربِّ الأرضِ؛ لأنه صار آخِذًا له حُكمًا، فيُعتبَرُ بما لو أخَذه حَقيقةً.

فإن قِيل: أليس أنه إذا عَسَّل النَّحلُ في أَرضه فإن العسَلَ يَكونُ لربِّ الأرضِ، وإن لم يُعِدَّها لذلك؟

قُلنا: الفرخُ والبَيضُ صَيدٌ؛ لأنه اسمٌ لِما لا يُؤخَذُ إلا بحِيلةٍ، إما في الحال أو في المَآل، وهما بهذه الصِّفةِ، وكذا المُتكنِّسُ[٣]؛ لأن احتِمالَ البَراحِ والانفِلاتِ بالانحِياز ثابِتٌ، والصَّيدُ لمن أخَذ.

والعسَلُ ليس بصيدٍ، بل هو من أَنزال الأرضِ، وقد صار قائِمًا بأَرضه، فيَكونُ تابِعًا لها، كشجَرٍ يَنبُتُ في أَرضه، وطِينٍ أو تُرابٍ يَجتمِعُ في أَرضه بجَرَيان الماءِ، فإنه يَكونُ مِلكًا لربِّ الأرضِ، وإن لم تكن الأرضُ مُعَدّةً لذلك.

القَبْضانِ إذا تَجانَسا ناب أحَدُهما عن الآخَر؛ لأن التَّجانُسَ دَليلُ التَّشابُهِ، والْمُتشابِهان يَنوبُ كلُّ واحِدٍ منهما مَنابَ صاحبِه.

---

(١) في (هـ): فتعلق.

(٢) في (هـ): ولم يلفه.

(٣) في سوى (ب): المتكسر.

وإذا تَغايَرا ناب الأَعلى عن الأَدنى؛ لأن في الأَعلى ما في الأَدنى وزِيادةً، فوُجِد القبضُ الْمُحتاجُ إليه وزِيادةٌ.

ولا يَنوبُ الأَدنى عن الأَعلى؛ لأن الأَدنى بمَنزِلة بعضِ الأَعلى، والْمُحتاجُ إليه كلُّه.

وقبضُ الغصبِ يُجانِسُ قبْضَ الشِّراءِ[1]؛ لأنه يُفيدُ مِلكَ الرَّقَبةِ عندَ أداءِ الضَّمانِ، وقبضُ الشِّراءِ يُفيدُ مِلكَ التَّصرُّفِ، بخِلاف قبضِ الوَديعةِ والرَّهنِ؛ لأنه لا يُفيدُ الْمِلكَ أصلًا.

غَصَب عبدًا، واشتَراه: صار قابِضًا بنفس العقدِ، ولو وَديعةً، أو رهنًا: لا، حتى يَتمكَّنَ من قَبضه بعدَه.

وثَمَرتُه: في الهَلاك، والحبسِ بالثَّمَن، والافتِراقِ في الصَّرف.

غَصَب عبدًا، واشتَراه: صار قابِضًا بنَفس العقدِ، ولا يَحتاجُ إلى تَجديده، ولو كان وَديعةً أو رهنًا: لا، حتى يَتمكَّنَ مِن قبضِه بعدَه.

وثَمَرتُه: في الهَلاك، والحبسِ بالثَّمَن، والافتِراقِ في الصَّرف.

والْمَقبوضُ بعقدٍ فاسِدٍ، وبخِيار البائِعِ: كالغَصب، وبخِيار الْمُشتَري: كالرَّهن.

والْمَقبوضُ بعقدٍ فاسِدٍ وبخِيار البائِعِ: كالغَصب؛ لأنه مَضمونٌ بالقِيمة، وبخِيار الْمُشتَري: كالرَّهن؛ لأنه مَضمونٌ بالثَّمَن.

تَقايَضا، فتَقابَضا، فتَقايَلا، فاشتَرى أحَدُهما ما قال: صار قابِضًا به، ولو هَلَكَ أحَدُهما لا.

---

(١) في (ج) و(د): المشتري.

تَقَايَضا، فتَقابَضا، فتَقايَلا، فاشتَرى أحَدُهما ما أقال: صار قابِضًا بنَفس العقدِ؛ لأن العَرْضَين قائِمان، فكان كلُّ واحِدٍ مَضمونًا بقِيمة نفسِه، كالْمَغصوب.

ولو هَلَك أحَدُهما لا، أي لو هَلَك أحَدُهما، فتَقايَلا، ثم جُدِّد العقدُ في القائِم: لا يَصيرُ قابِضًا بنَفس العقدِ؛ لأنه مَضمونٌ بقِيمة العَرْضِ الآخَرِ، فشابَه الْمَرهونَ.

اشتَرى إبريقَ فِضّةٍ بدِينارٍ، وتَقابَضا، فزاد في الدِّينار: شُرِط قبضُها دونَه، بخِلاف تَجديدِه.

ولو اشتَرى إبريقَ فِضّةٍ بدِينارٍ، وتَقابَضا، فزاد في الدِّينار: شُرِط قبضُ الزِّيادةِ دونَ الإبريقِ؛ لأنها تَلتحِقُ بالعَقد[1]، فمن حيث إنها تَثبُتُ في الحال شُرِط قبضُها، ومن حيث الالتِحاقُ لا يُشترَطُ قبضُ الأصلِ.

ولو لم يَزِد، ولكن جَدَّد العقدَ بأكثَرَ من الثَّمَن الأوَّلِ: فلا بُدَّ من قَبض الإبريقِ والثَّمَنِ الثّانِي؛ لأن التَّجديدَ لا يَصِحُّ إلا بعدَ انفِساخِ العقدِ الأوَّلِ، والْمَبيعُ مَضمونٌ في يَده بالثَّمَن في العَقد الأوَّلِ، فلا يَنوبُ عن القَبض الْمُستحَقِّ.

باع عبْدَه الغائِبَ من طِفله: صحّ(س م)، وجَدَّد قبْضَه.

باع عبدَه الغائِبَ[2] من طِفله: صَحّ، كما لو باعه من أجنَبيٍّ، والنَّهيُ عن الآبِق لا يَتناوَلُه؛ إذ العَودُ هو الظّاهرُ هنا.

وجَدَّد قبْضَه، حتى لو مات قبلَ أن يَرجِعَ مات على الأَب؛ لأنه لم يكن في يَده مَضمونًا؛ لأن مِلكَ الإنسانِ في يَده لا يَكونُ مَضمونًا.

---

(١) في (د): بأصل العقد.

(٢) في (د) و(و): عبدًا لغائب.

بخِلاف هِبتِه منه، أو من الْمُودَع، فإن بَلَغ، وعاد: فقبضُه إليه، بخِلاف عبدِ غيرِه.

ولو وَهَب عبدَه الغائِبَ منه، أو وَهَب الوَديعةَ من الْمُودَع: لا يَحتاجُ إلى تَجديد القبضِ؛ لأن القبضَ الواجِبَ بالهِبة يَنوبُ عنه كلُّ قبضٍ، فإن بَلَغ الصَّبيُّ، وعاد: فقبضُ العبدِ إلى الابن، بخِلاف عبدِ غيرِه.

والفرقُ: أن في شِراء الوالِدِ من نَفسه حُقوقَ العقدِ من جانِب الصَّغيرِ لا تَرجِعُ إلى الأَب؛ لئلا يُؤدِّيَ إلى التَّنافِي، فتَرجِعُ الحُقوقُ إلى الصَّغير، كأن الصَّغيرَ باشَر بنَفسه، وصار الأبُ كالرَّسول، إلا أنه يَستوفِي ذلك بوِلاية الأُبوّةِ؛ لعَجز الصَّغيرِ، وبالبُلوغ زال العجزُ، وانقَطَعت الوِلايةُ، فعاد إلى الأَصل.

وفي شِراء الوالِدِ[1] من غَيره حُقوقَ العقدِ من جانِب الصَّغيرِ تَرجِعُ إلى الوالِد[2] بحُكم عقدِه؛ لأن حُقوقَ العقدِ من الطَّرَف الآخَرِ لا تَرجِعُ إلى الوالِد، فلا يُؤدِّي إلى التَّنافِي، فصار الأبُ كالوَكيل.

صحَّ إيداعُ الْمَغصوبِ وإجارتُه من غاصِبه، وبَرِئ، وإعارتُه، ولم يَبرأ حتى يَنتفِعَ، وأمرُه ببَيعه، وبَرِئ بتَسليمه، وتَوكُّلُه وتوكيلُه بشِرائه، وصار قابِضًا بالعَقد.

صَحَّ إيداعُ الْمَغصوبِ وإجارتُه من غاصِبه، كما صَحَّ البيعُ منه، وبَرِئ عن الضَّمان.

وصَحَّ إعارتُه منه، ولم يَبرأ حتى يَنتفِعَ؛ لأن الإعارةَ هِبةُ الْمَنفَعةِ، فلا تُوجِبُ الْمِلكَ بلا قبضٍ، فإذا صار قابِضًا بالاستِعمال بَرِئ عن الضَّمان، بخِلاف الوَديعةِ؛ لأنها عقدٌ على العَين، وبخِلاف الإجارةِ؛ لأنه كما فَرَغ يَجِبُ شيءٌ من الأُجرة، فتُنافِي ضَمانَ

---

(١) في (د) و(و): الولد.

(٢) في (و): الولد.

العَينِ؛ لأنهما لا يَجتمِعان.

وصَحَّ أمرُه ببَيعه، وبَرِئ بتَسليمه؛ لأنه لا يُنافِي الضَّمانَ، كالوَكيل بالبَيع إذا استَخدَم العبدَ.

وصَحَّ تَوكُّلُ الغاصِبِ وتَوكيلُه بشِرائه، وصار قابِضًا بالعَقد، أي الغاصِبُ إذا تَوكَّل بشِراء الْمَغصوبِ لإنسانٍ صَحّ، وصار قابِضًا بنَفس العقدِ، حتى لو هَلَك يَهلِكُ على الآمِر.

وكذا لو وَكَّل الغاصِبُ رَجُلًا بشِرائه من مالِكه، فاشتَراه: صَحّ، وصار قابِضًا، حتى لو هَلَك يَجِبُ الثَّمَنُ على الْمُشتَري؛ لأن الحُقوقَ تَرجِعُ إليه، ويَرجِعُ على الغاصِب؛ لأنه وَكيلُه.

وهِبةُ ما أَقال لِمُشتَريه، وبَقِيَت إقالتُه.

وصَحَّ هِبةُ ما أَقال من مُشتَريه، وبَقِيَت إقالتُه، أي لو اشتَرى عبدًا، وتَقابَضا، ثم تَقايَلا، ثم وَهَبه للمُشتَري: صَحّ، وصار قابِضًا، ولا تَبطُلُ الإقالةُ؛ لِما يَأتي بعدَها.

وعبدٍ أبَق من مُودَعه، وصار قابِضًا، لا مَغصوبٍ.

وصَحَ هِبةُ عبدٍ آبِقٍ من مُودَعه له، وصار قابِضًا؛ لأنه في يَده حُكمًا، لا مَغصوبٍ، أي لو غَصَب رَجُلٌ من الْمُودَع، فوَهَب ربُّ الوَديعةِ للمُودَع: لا يَصِحُّ؛ لانقِطاع يدِه.

وإجارةُ الرَّهنِ من مُرتهنه، وتَمكُّنُه: قبضٌ، وَبَطل به، وبيعُه، وإعارتُه، وهِبتُه.. منه[1]، لا هِبةُ الْمَبيعِ من بائِعه[2]، وتُبطِلُ البيعَ، وبيعُه، وإجارتُه، وإعارتُه.

---

(١) في (س) و(ع): له.

(٢) في سوى (م) و(ف): لبائعه.

وصَحَّ إجارةُ الرَّهنِ من مُرتهنه؛ لبقاء الْمَنافعِ على مِلكه، ولا يَصيرُ قابِضًا؛ لأن قبْضَ الإجارةِ أقوى من قَبض الرَّهنِ؛ لأنها لازِمةٌ من الجانِبَين، بخِلاف الرَّهنِ، فإذا تَمكَّن مِن قبضِه بَطَل لمنافاة بينَ اليَدَين.

وصَحَّ بيعُه وإعارتُه وهِبتُه منه؛ لوُجود الْمُطلِقِ لهذه التَّصرُّفاتِ.

ولا تَصِحُّ هِبةُ الْمَبيعِ من بائِعه، وتُبطِلُ البيعَ؛ لأن الهِبةَ لو صَحَّت ابتِداءً لبَطَلت انتِهاءً؛ لأنها لو صَحَّت لصار البائِعُ قابِضًا بنَفس القَبولِ، فيَفوتُ القبضُ الْمُستحَقُّ بالبَيع، فيَبطُلُ البيعُ، فتَبطُلُ الهِبةُ بِناءً عليه، فجُعِلت مَجازًا عن الإِقالة.

بخِلاف ما لو اشتَرى عبدًا، وتَقابضا، وتَقايَلا، فوَهَبه لِمُشتَريه؛ حيث لا تَبطُلُ الإقالةُ؛ لأنها فسخٌ في حقِّ العاقِدَين، فيَعودُ إلى البائِع قَديمُ مِلكِه، وجُعِل كأنْ لم يَجْرِ بينَهما بيعٌ، ووَقَع العبدُ في يَد الْمُشتَري بسبَبٍ من الأَسباب، فوَهَبه البائِعُ له.

ولا يَصِحُّ بيعُه وإجارتُه وإعارتُه من بائِعه قبلَ القبضِ.

أما البيعُ: فظاهِرٌ، وكذا أُختاه[1]؛ اعتِبارًا لبَيع الْمَنفَعةِ وهِبتِها ببَيع العَينِ وهِبَتِها.

واستِعمالُ البائِعِ في عَمَل مُشتريه بأَمره: قبضٌ.

واستِعمالُ البائِعِ الْمَبيعَ في عَمَل مُشتَريه بأَمره: قبضٌ.

أي لو قال الْمُشتَري للبائِع: (قُل للعَبد يَعمَلُ لي كذا)، فأَمَره، فعَمِل: صار الْمُشتَري قابِضًا؛ لأن البائِعَ صار رَسولَ الْمُشتَري، ولِسانُ الرَّسولِ لِسانُ الْمُرسِلِ، فكأن الْمُشتريَ قال للعَبد: (اعمَل لي كذا)، ولو قال الْمُشتَري ذلك، وعَمِل العبدُ: صار قابِضًا، كذا هنا.

---

(١) أي الإجارة والإعارة، وفي (ب) و(ج) و(د) و(هـ): (إجارته) بدل (أختاه).

ولهذا لو أمَر عبدَ غيرِه بعمَلٍ، فعمِل، وعَطِب: ضَمِن، كما لو قَبَض.

اشتَرى أرضًا ونخلًا بتمرٍ، فأثمَر قبلَ قبضِه مِثلَه: أخَذ الكلَّ به، ولم يَفسُد.

اشتَرى أرضًا ونخلًا بتمرٍ، فأتمَر قبلَ قبضِه مِثلَ التَّمرِ الْمُثمَنِ: أخَذ الكلَّ بالثَّمَن، ولم يَفسُد العقدُ؛ لأنه كالْمَوجود عندَ العقدِ حُكمًا لا حَقيقةً، فلم يَفسُد العقدُ بالشَّكّ.

ولو أكَله البائعُ: سَقَط قِسطُه، وإن قَبَض الكلَّ: قُسِم الثَّمَنُ أثلاثًا(س) إن استَوَيْنَ، ولو قَضى الثَّمَنَ منه بعدَ القبضِ: صحّ، وقبلَه لا، وتَصدَّق بالفَضل.

ولو أكَله البائعُ: سَقَط قِسطُه من الثَّمَن؛ لأنه صار مَقصودًا بالاستِهلاك.

وإن قَبَض الكلَّ: قُسِم الثَّمَنُ أثلاثًا إن استَوين، تُعتبَرُ قِيمةُ الأرضِ والنَّخلِ يومَ العقدِ، وقِيمةُ التَّمرِ يومَ القبضِ؛ لأن التَّمرَ تَبَعُ الأرضِ.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أرباعًا؛ لأنه تَبَعٌ للنَّخل؛ لقِيامه به، وتَولُّدِه منه، فيُقسَمُ الثَّمَنُ على الأرض والنَّخلِ نِصفَين، فما أَصاب النَّخلَ يُقسَمُ بينهما.

ولو قَضى الثَّمَنَ من التَّمر الحادثِ بعدَ القبضِ صَحّ؛ لأنه التَحق بسائِر أملاكِه بالقَبض.

وتَصدَّق الْمُشتَري بالفَضل؛ لأنه لو كان مَوجودًا وقتَ العقدِ لكان رِبًا حَقيقةً، فإذا كان مَوجودًا وقتَ القبضِ، وله شبَهٌ بالعَقد.. تَتمكَّنُ شُبهةُ الرِّبا.

ولو قَضى الثَّمَنَ منه قبلَ القبضِ لم يَصِحَّ؛ لأنه استِبدالٌ بالْمَبيع قبلَ القبضِ.

اشتَرى نَخلةً: مَلَك ما تحتَها من الأَرض، كالإقرار، والقِسمةِ.

ولو اشتَرى نخلةً: مَلَك ما تحتَها من الأَرض عندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَىٰ، كما في الإقرار والقِسمةِ؛ لأن النَّخلَ اسمٌ للمُستقِرّ؛ لأنه بدُون القَرارِ جِذعٌ أو حطَبٌ، ولا قَرارَ

بدُون الأرضِ، وصار كما لو اشتَراها للقَرار[1].

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَدخُلُ في البَيع شيءٌ من الأَرض؛ لأن النَّخلَ تَبَعٌ للأَرض، فلا يَستتبعُ الأصلَ، وصار كما لو اشتَراها بشَرط القطعِ.

والْمُختارُ قولُ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

فإن اشتَراها بتَمرها وجَدَّ[2] البائعُ، وتَعيَّب: خُيِّر الْمُشتَري، وإلا قَبَضهما، فإن وَجَد بأحَدهما عَيبًا رَدَّه.

فإن اشتَراها بثَمَرها[3] وجَدَّ[4] البائعُ الثَّمَرَ، وتَعيَّب الْمَبيعُ: خُيِّر الْمُشتَري بينَ الأخذِ والتَّركِ؛ لتَعيُّب الْمَبيعِ قبلَ القبضِ.

وإن لم يَتعيَّب[5] قَبَضهما، فإن وَجَد بأحَدهما عَيبًا رَدَّه خاصّةً؛ لأن العِبرةَ في الرَّدِّ بالعَيب لحالة القبضِ، والقبضُ وَرَد وهو مُنفصِلٌ.

وإن قَبَضهما الْمُشتَري وجَدَّ[6]، فوَجَد بأحَدهما عَيبًا، وتَعيَّب به: لم يَرُدَّ، وإلا

(١) في (ج) و(د): بالقرار.

(٢) في (ن) و(س): وجذ.

وجَدَّه جَدًّا من باب قتل: قطعه، فهو جديد، فعيل بمعنى مفعول، وهذا زمن الجَداد والجِداد، وأجَدَّ النخلُ -بالألف-: حان جَدَادُه، وهو قطعه. «المصباح» ١/ ٩٢.

وجذذت الشيء جَذًّا من باب قتل: قطعته، فهو مجذوذ، فانجذ: أي انقطع، وجذذته: كسرته. «المصباح» ١/ ٩٤.

(٣) في (أ): بتمرها.

(٤) في (ج): وجذ.

(٥) في (أ): وإن يتعيب.

(٦) في (ن) و(ف): وجذ، وفي (س): وجذه.

رَدَّهما، أو أمسَكهما.

وإن قَبضهما الْمُشتَري وجَدّ، فوَجَد بأحَدهما عَيبًا.. فإن تَعيَّب بالجَدّ: لم يَرُدَّ؛ لحُدوث العَيبِ عندَ الْمُشتَري، وإن لم يَتعيَّب: رَدَّهما أو أمسَكهما[1]؛ لأن القبضَ وُجِد وهو مُتَّصِلٌ.

وكذا حُكمُ الشّاةِ، وصُوفِها، ولَبَنِها، ووَلَدِها.

والحَلْبُ والوِلادةُ بعدَ قبضِها: يَمنَعُ الرَّدَّ، وإن رَضِي، كالصُّوف والتَّمرِ الحادِثِ بعدَه.

وكذا حُكمُ الشّاةِ، وصُوفِها، ولَبَنِها، ووَلَدِها.

والحَلْبُ أو الوِلادةُ بعدَ قبضِها يَمنَعُ الرَّدّ وإن رَضِي؛ لأنه حقُّ الشَّرعِ، كالصُّوف والتَّمَرِ الحادِثِ بعدَه.

قُطِعت يدُ الْمَبيعِ قبلَ قبضِه: لِمُشتَريه أخذُه، واتِّباعُ الجانِي بالأَرْش، وتَصدَّق بما زاد على نِصف ثَمَنِه إن قَبَضه من جِنسه، واختِيارُه اتِّباعَه كقَبضه(م)، والتَّوى(م)[2] عليه، وصحَّ استِبدالُه(م).

قُطِعت يدُ الْمَبيعِ قبلَ قبضِه: لِمُشتَريه أخذُه واتِّباعُ الجانِي بالأَرْش، وتَصدَّق بما زاد على نِصف ثمَنِه إن قَبَضه من جِنسه؛ لشُبهة الرِّبا.

واختِيارُه اتِّباعَه كقَبضه، والتَّوى على الْمُشتَري، وصَحَّ الاستِبدالُ به لو صرفًا، وهذا عندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَكونُ اختِيارُه اتِّباعَه كالقَبض، والتَّوى على البائِع، ويَبطُلُ الاستِبدالُ به.

---

(١) في (ب): ردها أو أمسكها.

(٢) توي المال: هلك وذهب، تَوًى، فهو تَوٍ وتاوٍ. «المغرب» ص٦٣.

أصلُه: مَسألةُ الصَّرفِ، وهي: أن من اشتَرى قُلْبَ فِضّةٍ بدِينارٍ، وسَلَّم الدِّينارَ، ولم يَقبِض القُلْبَ حتى أحرَقه رَجُلٌ، واختار الْمُشتَري إمضاءَ العقدِ وتَضمينَ الجانِي، وافترَقا قبلَ قبضِ الضَّمانِ.. فعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَبطُلُ العقدُ، وقد رُوِي عن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ كذلك.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَبطُلُ؛ لأنه بالاختِيار قامت القِيمةُ مَقامَ العَينِ، فلا بُدَّ مِن قبضِها، كما في العَين.

ولهما: أن القِيمةَ لَمَّا قامت مَقامَ العَينِ صارت يدُ الْمُتلِفِ كيَد الْمُشتَري، فصار اتِّباعُه كإِتلافه بنَفسه؛ وهذا لأن الضّامنَ لَمّا قام مَقامَ المالِكِ في مِلك الْمَضمونِ بأداء الضَّمانِ.. صار إتلافُه كإِتلاف الْمُشتَري أيضًا، وصار كأن الْمُشتريَ أتلَفه بنَفسه[1].

مَبيعٌ جَنى قبلَ قبضِه: أخَذه مُشترِيه، ودَفَع، أو فَدى، وإلا دَفَع بائِعُه، أو فَدى، وكذا لو كان لأحَدهما خِيارٌ.

ولو قُبِض، فجَنى بائِعُه عليه، والخِيارُ لِمُشتَريه: لَزِم(س).

مَبيعٌ جَنى قبلَ قبضِه: أخَذه مُشتَريه، ودَفَع بالجِناية أو فَداه، وإن شاء تَرَكه، فدَفَعه بائِعُه أو فَدى، وكذا لو كان لأحَدهما خِيارٌ.

ولو قُبِض، فجَنى بائِعُه عليه، والخِيارُ لِمُشتَريه: لَزِم البيعُ بكلِّ الثَّمَنِ؛ لأن جِنايتَه بعدَ القبضِ كجِناية الأجنَبيِّ، وهي تُلزِمُ البيعَ، وتَمنَعُ[2] الرَّدَّ.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تُلزِمُ البيعَ؛ لأن البائِعَ لا يَتمكَّنُ من إِبطال خِيارِ الْمُشتَري قولًا، فكذا فِعلًا.

---

(١) قوله: (وهذا لأن الضامن...) إلى قوله (أتلفه بنفسه) مثبت من (ب) و(هـ) ونسخة على هامش (ج).

(٢) في (هـ): أو تمنع.

اشتَرى عبدًا باتًّا، وقَتَل قَتيلَين، ورَضِي بأحَدهما، وقَبَض، فعَلِم بالآخر: رَدَّه، وخُيِّر بائِعُه لو رُدَّ بقَضاءٍ، وبغَيره صار مُختارًا للفِداء.

ولو اشتَرى عبدًا باتًّا، فقَتَل عندَ البائِعِ قَتيلَين خطأً، ورَضِي الْمُشتَري بأحَدهما، وقَبَض، فعَلِم بالآخَر: له رَدُّه؛ لعَدَم الرِّضا بالآخَر.

وخُيِّر بائِعُه بينَ الدَّفعِ والفِداءِ لو رَدَّ بقَضاءٍ؛ لأنه فسخٌ من كلِّ وجهٍ، فعاد إليه قَديمُ مِلكِه، وبغَير قَضاءٍ صار مُختارًا للفِداء؛ لأنه عقدٌ جَديدٌ في حقِّ الثّالثِ، ووليُّ الجِنايةِ ثالِثُهما.

فإن فَدى، فعَلِم بالثّاني: رَدَّه، ولا شيءَ له، أو دَفَع نِصفَه، أو فَدى.

فإن فَدى من الأوَّل، ثم عَلِم بالثّانِي: رَدَّه إن شاء، ولا شيءَ له، أي لا يَرجِعُ بما فَدى؛ لأنه باختِياره، فكان مُتبرِّعًا، كما لو دَاوى، ثم عَلِم بعَيبٍ، أو دَفَع نِصفَه، أو فَدى نِصفَه[1]؛ لأن الواجِبَ هو الدَّفعُ بالجِنايتَين، فيَثبُتُ لكلِّ وليٍّ الحقُّ في النِّصف.

وإن دَفَع، فعَلِم بالثّاني: يَستردُّ نِصفَه.

وإن دَفَع الْمُشتَري العبدَ بالجِناية الأُولى بحُكمٍ أو بغَيره، فعَلِم بالثّانِية: يَستردُّ نِصفَه، ويَدفعُه إلى وليِّ الجِنايةِ الثّانيةِ، أو يَفدِيه؛ لأنه ظَهَر أن الواجِبَ كان دفْعَ النِّصفِ.

وإن جَنى عندَ بائِعِه، ثم عندَ مُشتَريه، ففَدى من الثّانِي: رَدَّه، أو أخَذ، ورَجَع بنُقصانه، وإن رَضِي به بائِعُه.

وإن جَنى عندَ بائعِه، ثم عندَ مُشتَريه، ففَدى الْمُشتَري من الجِناية الثّانيةِ: رَدَّه على البائِع؛ لتَحقُّق شرطِ الرَّدِّ، وهو ردُّه كما خَرَج عن مِلكه، أو أخَذه بالجِنايتَين، ورَجَع

(١) سقطت من (أ) و(د).

بنُقصانه؛ لأن تَعذُّر الرَّدِّ بالجِناية الثّانيةِ لا منه[1].

وإن قال البائِعُ: أقبَلُه بالجِناية الثّانيةِ، ولا أدفَعُ النُّقصانَ: لا يُجبرُ الْمُشتَري عليه؛ لأنه لو رَدَّه لصار مُختارًا للفِداء، فيَتضرَّرُ به.

بخِلاف ما لو تَعيَّب عنده، لأنه لا يَتضرَّرُ بالرَّدّ.

ولو غاب بائِعُه، ودَفَع، أو فَدى: لا يَرجِعُ.

ولو غاب بائِعُه، وحَضَر وليُّ الجِنايتَين، ودَفَع الْمُشتَري أو فَدى: لا يَرجِعُ على البائِع؛ لأنه طَهَّر[2] مِلكَه.

ولو جَنى عندَه، ووُجِد به إصبَعٌ زائِدةٌ: فَدى، ورَدّ، أو دَفَع، ولا يَرجِعُ.

ولو جَنى عندَ الْمُشتَري، ووُجِد به إصبَعٌ زائِدةٌ: فَدى ورَدَّ بالعَيب، أو دَفَع ولا يَرجِعُ بشيءٍ؛ لأن تَعذُّرَ الرَّدِّ منه.

باعَه بالخِيار ثَلاثًا، وسَلَّمه، فادَّعى أحَدُهما بعدَه مَوتَه فيه وبُطلانَه، والآخَرُ إباقَه: فالقولُ والبيِّنةُ للثّانِي.

باع عبدَه بالخِيار ثَلاثًا، وسَلَّمه، فادَّعى أحَدُهما بعدَ الثَّلاثِ موتَه في الثَّلاث وبُطلانَ البيعِ، والآخَرُ إباقَه وانبرامَ البيعِ: فالقولُ والبيِّنةُ للثّانِي؛ لأن الحَياةَ[3] أصلٌ، وبيِّنتُه أكثَرُ إثباتًا؛ لأنها تُثبِتُ الْمِلكَ للمُشتَري في الْمُشتَرىٰ بعدَما كان للبائِع، والثَّمَنَ، ولُزومَ العقدِ، والبَراءةَ عن ضَمان القِيمةِ، وبيِّنةُ الأوّلِ تُثبِتُ له ضَمانَ القِيمةِ.

---

(١) العبارة في (هـ): لأنه تعذر الرد بالجناية الثانية لأنه منه.

(٢) أي بالفداء يطهِّر ملكه عن الجناية، وفي سوى (أ) و(د) و(و): ظهر. وانظر المبسوط ٢١/ ١٨٣.

(٣) في (ب): الجناية.

ولو اتَّفَقا بعدَه على مَوته، واختَلَفا في وَقته: فالقولُ لِمُدَّعيه فيه، والبيِّنةُ للآخَر.

ولو اتَّفَقا بعدَ الثَّلاثِ على مَوته، واختلَفا في وَقته، بأن ادَّعى أحَدُهما أنه في الثَّلاث، والآخَرُ بعدَه: فالقولُ لِمُدَّعيه في الثَّلاث؛ لأن الحالَ يَدُلُّ على ما قبلَه، والبيِّنةُ للآخَر؛ لأنها تُثبِتُ أمرًا حادِثًا، وهو لُزومُ العقدِ.

ولو ادَّعى أحَدُهما مَوتَه بعدَه وإجازتَه فيه، والآخَرُ مَوتَه فيه ونَقْضَه قبلَه، أو ادَّعى أحَدُهما مَوتَه فيه وإجازتَه قبلَه، والآخَرُ مَوتَه بعدَه ونَقْضَه فيه، أو كانا بالخِيار، واختَلَفا هكذا: فالقولُ للنّاقِض، والبيِّنةُ للمُجِيز.

ولو ادَّعى أحَدُهما موتَه بعدَ الثَّلاثِ، وإجازةَ البائِعِ في الثَّلاث، والآخَرُ موتَه في الثَّلاث، ونقْضَ البائِعِ قبلَ موتِه، أو ادَّعى أحَدُهما موتَه في الثَّلاث، وإجازتَه قبلَ موتِه والآخَرُ موتَه بعدَه، ونقْضَه فيه، أو كانا بالخِيار، وقَبَضه، واختَلَفا هكذا: فالقولُ للنّاقِض؛ لأنه يُنكِرُ ثُبوتَ ضَمانِ الثَّمَنِ ولُزومَ العقدِ، والبيِّنةُ للمُجِيز؛ لأنها أكثَرُ إثباتًا؛ لأنها تُثبِتُ لُزومَ العقدِ وضَمانَ الثَّمَنِ.

ولو اختَلَفا بعدَه في النَّقض والإجازةِ، والخِيارُ لأحَدهما: فالقولُ للمُجِيز، والبيِّنةُ للنّاقِض، ولو فيه: القولُ لمن له الخِيارُ، والبيِّنةُ للآخَر.

ولو اختَلَفا بعدَ الثَّلاثِ في النَّقض والإجازةِ، والخِيارُ لأحَدهما، والعبدُ في يَد المُشتَري: فالقولُ للمُجِيز؛ لأن كونَه في يَده بعدَ الثَّلاثِ يَستَدعي جَوازَ العقدِ، فكان مُتمسِّكًا بالأصل، والبيِّنةُ للنّاقِض؛ لأنه يَدَّعي أمرًا حادِثًا.

ولو اختَلَفا هكذا في الثَّلاث: فالقولُ لمن له الخِيارُ؛ لأنه يَدَّعي ما يَملِكُ إنشاءَه، والبيِّنةُ للآخَر؛ لأن مَن له الخِيارُ يُثبِتُ شيئًا في يَده، ومَن لا خِيارَ له يُثبِتُ شيئًا ليس في

يَده، فكانا كالخارِج مع ذي اليدِ.

ولو زادَت قِيمتُه عندَه، والخِيارُ لبائِعه، واختَلَفا بعدَه، فبَرْهَن أحَدُهما على الآخَر أو على أجنَبيٍّ أنه قتَله خطأً فيه، والآخَرُ عليه أو على أجنَبيٍّ أنه قتَله بعدَه: فالبيِّنةُ للبائِع.

ولو زادت قِيمتُه عندَ الْمُشتَري، والخِيارُ لبائِعه، واختَلَفا بعدَ الثَّلاثِ، فبَرْهَن أحَدُهما على الآخَر أو على أجنَبيٍّ أنه قتَله خطأً بعدَ الزِّيادةِ في الثَّلاث، والآخَرُ عليه أو على أجنَبيٍّ أنه قتَله خطأً بعدَ الثَّلاثِ: فالبيِّنةُ للبائِع؛ لأنه أسبَقُ.

ولا تَترجَّحُ بيِّنةُ الْمُشتَري بالسَّبْق؛ لأن بيِّنةَ البائِعِ تُثبِتُ ضَمانَ الثَّمَنِ على الْمُشتَري، وبيِّنةَ الْمُشتَري لا تُثبِتُ على البائِع شيئًا؛ لأنه إذا قتَله في الثَّلاث، والخِيارُ له: يُعتبَرُ[1] قاتِلًا عبدَ نفسِه، فلا يَلزَمُه شيءٌ، فلم تَستوِيا في الإثبات حتى تَترجَّحَ بالسَّبْق.

وإن بَرْهَن البائِعُ على أجنَبيٍّ بعدَ الزِّيادةِ أنه غَصَبه، ومات فيه، والْمُشتَري أنه غَصَبه فيه، ومات بعدَه: فالبيِّنةُ لِمُشتَريه، وبعَكسه: للبائِع.

وإن بَرْهَن البائِعُ على أجنَبيٍّ بعدَ الزِّيادةِ أنه غَصَبه من الْمُشتَري، ومات عندَه في[2] الثَّلاث، وبَرْهَن الْمُشتَري أنه غَصَبه في الثَّلاث، ومات عندَه بعدَ الثَّلاثِ: فالبيِّنةُ لِمُشتَريه؛ لأن الغصبَ في مُدّة الخِيارِ لا يَنقُضُ البيعَ، فالْمُشتَري يَدَّعي الموتَ بعدَ الثَّلاثِ، وهو يُوجِبُ لُزومَ العقدِ وضَمانَ الثَّمَنِ، وهما حادِثان، والبائِعُ يَنفِيهما.

وبعَكسه: البيِّنةُ للبائِع؛ لأنها تُثبِتُ لُزومَ البيعِ وضَمانَ الثَّمَنِ، وهما حادِثان.

أسلَم في رُطَبٍ، فأخَذ مِثلَه تمرًا، أو بالعَكس: صحّ(س م).

---

(١) في (ج): يصير.

(٢) في (ب): بعد.

أسلَم في رُطَبٍ، فأخذ مِثلَه تمرًا، أو بالعَكس: صَحَّ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ نظرًا إلى التَّساوِي في الحال، وعندَهما: لا يَصِحُّ؛ نظَرًا إلى التَّفاوُت في الْمآل.

ولو أخَذ دَقيقًا، أو سَويقًا، أو مَقليًّا[1].. بالبُرّ، أو دَقيقًا بسَويقٍ، أو بالعَكس: لا.

ولو أخَذ دَقيقًا، أو سَويقًا، أو مَقليًّا[2].. بالبُرّ، أو دَقيقًا بسَويقٍ، أو بالعَكس: لا يَصِحُّ؛ لاختِلاف الجِنسِ، فكان استبِدالًا.

والأجَلُ الْمُطلَقُ من حينَ قَبَض العَينَ(س م).

والأجَلُ الْمُطلَقُ من حينَ[3] قَبَض العَينَ، حتى لو باع شيئًا بثمَنٍ مُؤجَّلٍ إلى سنةٍ، فمَنَعه البائِعُ حتى مَضت سنةٌ، فأجَّله سنةٌ مُستقبَلةٌ: من حينَ قَبَض الْمَبيعَ؛ لأن التَّأجيلَ للتَّرفيه، وذا إنما يَكونُ عندَ التَّضييقِ بتَوجُّه الْمُطالَبةِ، ولا مُطالَبةَ قبلَ القبضِ، فيُعتبَرُ الأجَلُ من وَقت القبضِ.

وعندَ أبي يوسفَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: لا أجَلَ له بعدَ سنةٍ؛ لأنه أجَّله سنةً، وقد مَضت.

نال[4] الثَّمَنَ زَيفًا: لم يُعِد حبسَ الْمَبيعِ.

---

(١) قليته قَلْيًا وقَلوته قَلْوًا -من بابي ضرب وقتل-: وهو الإنضاج في الْمِقْلى، وهو مِفعل بالكسر منون، وقد يقال: مِقلاة بالهاء، واللحمُ وغيره مقليٌّ.. بالياء، ومقلو بالواو، والفاعل قَلّاء بالتشديد؛ لأنه صنعة كالعطار والنجار. «المصباح» ٢/ ٥١٥.

قلى البر بالْمِقلى والْمِقلاة يَقْلِي ويَقْلُو قَلْيًا وقَلْوًا: إذا شواه، وهي القُلاءة، وحنطة مَقْلِيّة ومقلُوّة. «المغرب» ص٣٩٣.

(٢) في (ب): سويقًا مقليًا.

(٣) في (و): جنس.

(٤) في (ن): بان.

ولو نال الثَّمَنَ زَيفًا لم يُعِدْ حَبْسَ[1] الْمَبيعِ، حتى إذا سَلَّم[2] الثَّمَنَ، وقَبَض الْمَبيعَ، ثم وَجَد البائِعُ كلَّه زُيوفًا، فرَدَّه: ليس له أن يَستَرِدَّ الْمَبيعَ؛ لأنه من جِنس حقِّه؛ بدَليل التَّجوُّزِ.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَستَرِدُّ الْمَبيعَ، ويَحبِسُه بالثَّمَن؛ لأن حقَّه الجيِّدُ لا الزَّيفُ، واللهُ أعلَمُ.

(١) كذا في (ج)، وفي (أ) و(د) غير منقوطة، وفي الباقي: جنس.

(٢) في (ب) و(هـ) و(و): إذا أسلم.

[illegible]

[illegible]

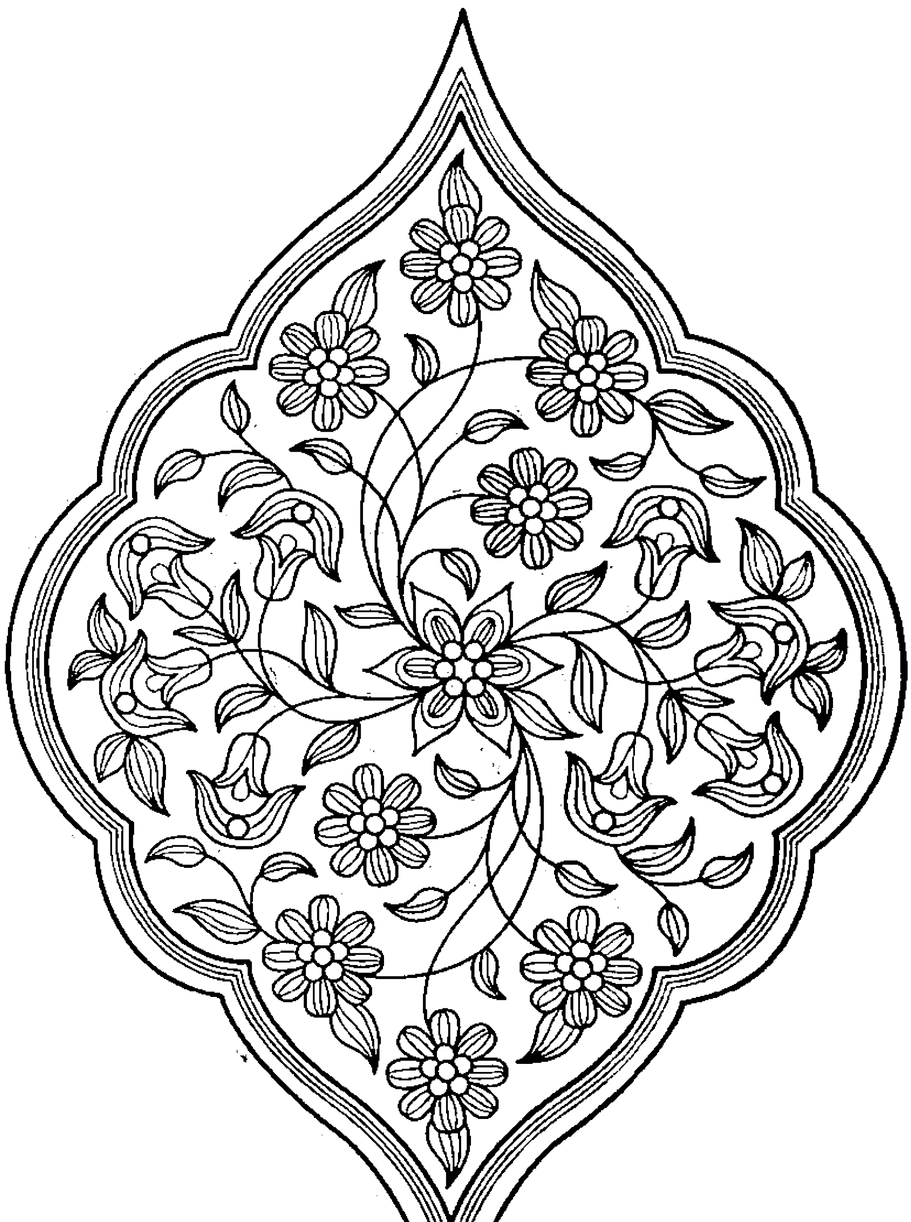
والأجل [illegible]

والأجل [illegible]

[illegible]

لأجل [illegible]

كِتَابُ الصَّرْفِ



كتاب الصرف

كِتابُ الصَّرفِ

الصَّرفُ: بيعُ بعضِ الأثمانِ ببعضٍ.

هو: بيعُ بعضِ الأثمانِ ببعضٍ، أي بيعُ الذَّهَبِ بالذَّهَب، أو الفِضّةِ بالفِضّة، أو أحدِهما بالآخَر.

سُمِّي به: لأنه يُحتاجُ فيه إلى نَقل بَدَليّةٍ من يدٍ إلى يدٍ.

والصَّرفُ هو: النَّقلُ والرَّدُّ لُغةً، قال اللهُ تَعالى: ﴿ثُمَّ ٱنصَرَفُوا۟ صَرَفَ ٱللَّهُ قُلُوبَهُم﴾ [التَّوبَة : ١٢٧].

أو[١]: لأنه عقدٌ يَرِدُ على مالٍ لا يُقصَدُ به ذاتُه، بل يُبتغى به الفضلُ بطَريق التَّوسُّلِ، والصَّرف هو: الفضلُ لُغةً، كذا قاله الخليلُ بنُ أحمدَ، ومنه: سُمِّي التَّطوُّعُ صرفًا؛ لأنه فَضلٌ على الفَرائِض، قال صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «من انتَمى إلى غَير أبيه لا يَقبَلُ اللهُ منه صَرفًا ولا عَدلًا»[٢]، أي: لا تَطوُّعًا ولا فرضًا.

والأموالُ أنواعٌ:

---

(١) في (ب) و(هـ): و.

(٢) رواه مسلم (١٣٧٠) بلفظ: «ومن ادعى إلى غير أبيه، أو انتمى إلى غير مواليه: فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه يوم القيامة صَرفًا ولا عدلًا».

نوعٌ ثمنٌ بكلِّ حالٍ، كالنَّقدَين، صَحِبه الباءُ أوْ لا، قُوبِل[1] بجِنسها أو بغَيرها[2].

ونوعٌ مَبيعٌ بكلِّ حالٍ، كالثِّياب، والدَّوابِّ، والمماليك.

ونوعٌ ثمنٌ بوجهٍ، مَبيعٌ بوجهٍ، كالْمَكيل والْمَوزونِ، فإنه إذا كان مُعيَّنًا في العَقد كان مَبيعًا، وإن لم يكن مُعيَّنًا وصَحِبه الباءُ، وقابَله مَبيعٌ: فهو ثمنٌ.

ونوعٌ ثمنٌ بالاصطِلاح، وهو سِلعةٌ في الأَصل، فإن كان رائِجًا كان ثمنًا، وإن كان كاسِدًا كان سِلعةً؛ وهذا لأن الثَّمَنَ عندَ العَرَب ما يَكونُ دينًا في الذِّمّة، كذا قاله الفَرّاءُ.

والنُّقودُ لا تُستحَقُّ بالعَقد إلا دَينًا في الذِّمّة، فكانت ثمنًا بكلِّ حالٍ، والعُروضُ لا تُستحَقُّ بالعَقد إلا عَينًا، فكانت مَبيعةً.

والْمَكيلُ أو الْمَوزونُ يُستحَقُّ عَينًا بالعَقد تارةً، ودَينًا أُخرى، فكان ثمنًا في حالٍ، مَبيعًا في حالٍ.

ومِن حُكم الثَّمَن: أن لا يُشترَطَ وُجودُه في مِلك العاقِدِ عندَ العَقد، ولا يُبطِلُ العقدَ فَواتُ تَسليمِه، وصحَّ الاستِبدالُ به.

والْمَبيعُ بخِلافه.

فلو تَجانَسا: شُرِط التَّماثُلُ والتَّقابُض، وإلا: شُرِط التَّقابُض.

فلو تَجانَسا شُرِط التَّماثُلُ والتَّقابُض، وإلا شُرِط التَّقابُض، حتى لو باع فِضّةً بِفِضّةٍ، أو ذَهَبًا بذَهَبٍ: لا يَصِحُّ إلا مِثلًا بمِثلٍ، وإن اختلَفا في الجَودة والصِّياغةِ، بما رَوَينا[3] في باب الرِّبا.

(١) في (ب) و(هـ): قوبلت.

(٢) في (ب): أو بغيره.

(٣) أي حديث: (جيد مال الربا ورديئه سواء).

ولا بُدَّ من قَبض العِوَضين قبلَ الافتِراقِ؛ لِما[1] رَوَينا ثَمّ[2]، ولقَول عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: الذَّهَبُ بالذَّهَب مِثلٌ بمِثلٍ، والوَرِقُ بالوَرِق مِثلٌ بمِثلٍ... إلى قَوله: وإن استَنظَرك أن يَدخُلَ بيتَه فلا تُنظِره[3]. أَشار إلى أن التَّقابُضَ قبلَ الافتِراقِ شرطٌ.

ولأنه لا بُدَّ من قَبض أحَدِهما؛ لئلا يَكونَ كالِئًا بكالِئٍ.

وإذا شُرِط قبضُ أحَدِهما شُرِط قبضُهما؛ تحقيقًا للمُساواة بينَهما، وإلا يَلزَمُ الرِّبا؛ لأن النَّقدَ خيرٌ من النَّسيئة؛ لأنها على عَرَض التَّوى دونَه، أو لعَدَم أولَويّةِ أحَدِهما.

وإن باع ذَهَبًا بفِضّةٍ جاز التَّفاضُلُ؛ لعَدَم التَّجانُسِ، ووَجَب التَّقابُضُ؛ لقَوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا اختَلَف النَّوعان فبِيعوا كيف شِئتُم بعدَ أن يَكونَ يدًا بيدٍ»[4].

وما يَتعيَّن -كالْمَصوغ والتِّبرِ- وما لا يَتعيَّنُ في الْمُعاوَضات وفُسوخِها -كالْمَضروب-: سَواءٌ.

وسَواءٌ كانا يَتعيَّنان، كالْمَصوغ والتِّبرِ، أوْ لا يَتعيَّنان في الْمُعاوَضات وفُسوخِها،

(١) في (هـ): بما.

(٢) وهو قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يدًا بيد». «البناية» ٨/ ٣٩٥.

(٣) رواه الإمام مالك ٢/ ٦٣٤، وعبد الرزاق (١٤٥٦٢)، والبيهقي (١٠٥١١)

قال في «نصب الراية» ٤/ ٥٦: أثر آخر: رواه البخاري في كتابه «المفرد في الأدب» (١٧٠) قال: أرسل عبد الله بن عمر غلامًا له بذهب أو ورق، فصرفه، فأنظر في الصرف، فرجع إليه، فضربه ضربًا وجيعًا، وقال: اذهب، فلا تصرفه. انتهى.

قلت: وروى الطحاوي في «معاني الآثار» (٥٧٦٢) عن نافع قال: مشى عبد الله بن عمر إلى رافع بن خديج في حديث بلغه عنه في شأن الصرف، فأتاه فدخل عليه فسأله عنه، فقال رافع: سمعته أذناي وأبصرته عيناي، رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «لا تشفوا الدينار على الدينار، ولا الدرهم على الدرهم، ولا تبيعوا غائبًا منها بناجز، وإن استنظرك حتى يدخل عتبة بابه».

(٤) تقدم الكلام عليه.

كالْمَضروب، أو يَتعيَّنُ أَحَدُهما ولا يَتعيَّنُ الآخَرُ، لإطلاق ما رَوينا.

ولأنه إن كان يَتعيَّنُ ففيه شُبهةُ عدَمِ التَّعيُّنِ؛ لكَونه من جِنس ما لا يَتعيَّنُ، والذَّهَبُ أو الفِضَّةُ خُلِق ثمنًا في الأَصل، فشُرِط التَّقابُضُ؛ إلحاقًا للشُّبهة بالحَقيقة في الرِّبا.

وكان يَنبَغي أن يُشترَطَ مَقرونًا بالعَقد، إلا أن حالةَ الْمَجلِسِ تُقامُ مُقامَ حالةِ العَقد تيسيرًا، فإذا وُجِد القبضُ في الْمَجلِس جُعِل كأنه وُجِد عندَ العَقد.

ولا نَعني بالْمَجلِس مَوضِعَ جُلوسِهما، بل الْمُعتبَرُ وُجودُ القبضِ قبلَ أن يَفترِقا بالأَبدان، حتى لو قاما ومَشَيا فرسَخًا، أو ناما في الْمَجلِس، أو أُغمِي عليهما، ثم تَقابَضا قبلَ الافتِراقِ: صَحَّ العقدُ؛ لقَول ابنِ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: وإن وَثَب من سطحٍ فثِب معه[1].

وكذا الْمُعتبَرُ ما ذَكَرنا في قَبض رأسِ مالِ السَّلَم، بخِلاف خِيارِ الْمُخيَّرةِ؛ لأنه يَبطُل بالإعراض؛ إذ التَّخييرُ تَمليكٌ، فيَبطُل بما يَدُلُّ على الرَّدّ، والقِيامُ دَليلُه.

فإن افترَقا في الصَّرف قبلَ قبضِ العِوَضَين أو أَحَدِهما: بَطَل العقدُ؛ لفَوات الشَّرطِ، وهو التَّقابُضُ.

وهذا اللَّفظُ يُشيرُ إلى أن القبضَ شرطُ البَقاءِ على الصِّحّة، لا شرطُ الصِّحّةِ كما زَعَم البعضُ، ولهذا لا يَصِحُّ شرطُ الخِيارِ في هذا العقدِ، ولا شرطُ الأَجَلِ؛ لأن بالخِيار يَمتنِعُ استِحقاقُ القبضِ ما بَقِي الخِيارُ؛ لأن[2] استِحقاقَه بِناءً على الْمِلك، والخِيارُ يَمنَعُ

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٥٦: غريب جدًّا. وقال في «الدراية» ٢/ ١٦٣: لم أجده.

وقال الكمال في «الفتح» ٧/ ١٣٧: وحديث ابن عمر هذا غريب جِدًّا من كتب الحديث، وذكره في «المبسوط» (١٤/ ٤) فقال: وعن أبي جبلة قال: سألت عبد الله بن عمر فقلت: إنا نقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة، وعندهم الورق الخفاف الكاسدة، فنبتاع ورقهم العشر بتسعة ونصف، فقال: لا تفعل، ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب، ولا تفارقه حتى تستوفي، وإن وثب عن سطح فثب معه.

(٢) في (د) و(هـ): ولأن.

الْمِلكَ، وبالأَجَل يَفوتُ القبضُ الْمُستحَقُّ بالعقد شرعًا، إلا إذا أُسقِط الخِيارُ أو الأَجَلُ في الْمَجلِس، فيَعودُ إلى الجَواز؛ لزَوال الْمُفسِدِ قبلَ تقرُّرِه.

ولا يُتصرَّفُ في ثَمَنه قبلَ قبضِه، فلو باع دِينارًا بدَراهِمَ، واشتَرى بها ثوبًا: فَسَد.

ولا يَجوزُ التَّصرُّفُ في ثَمَن الصَّرفِ قبلَ قبضِه، حتى لو باع دينارًا بعَشَرة دَراهِمَ، ولم يَقبِض العَشَرةَ حتى اشتَرى بها ثوبًا: فَسَد البيعُ في الثَّوب؛ لأن القبضَ الْمُعيَّنَ واجِبٌ في بَدَل الصَّرفِ، والاستِبدالَ يُفوِّتُ القبضَ الْمُعيَّنَ.

فإن قِيل: وَجَب أن لا يَفسُدَ البيعُ في الثَّوب؛ لأن الدَّراهِمَ[1] لا تَتعيَّنُ في العُقود عَينًا كانت أو دَينًا، فانصَرَف العقدُ إلى مُطلَق الدَّراهِم، وهو الْمَنقولُ عن زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

قُلنا: الثَّمَنُ في الصَّرف مَبيعٌ؛ إذ البيعُ لا بُدَّ له من الْمَبيع، ولا شيءَ سِوى الثَّمَنَين، فجُعِل كلُّ واحِدٍ منهما مَبيعًا؛ لعَدَم الأَولَويّةِ، وبيعُ الْمَبيعِ قبلَ القبضِ لا يَصِحُّ.

فإن قِيل: لو كان مَبيعًا لكان مُتعيِّنًا.

قُلنا: ليس من ضَرورة كونِه مَبيعًا أن يَكونَ مُتعيِّنًا، فالْمُسلَمُ فيه مَبيعٌ غيرُ مُتعيِّنٍ.

ولأنه ليس بمَبيعٍ مُطلَقًا، بل هو مَبيعٌ من وجهٍ، ثَمَنٌ من وجهٍ، وهو كافٍ لسَلب الجَوازِ؛ إذ الشُّبهةُ كالحَقيقة في الحُرُمات.

وصَحَّ بيعُ الذَّهَبِ بالفِضّة مُجازَفةً؛ لاختِلاف الجِنسِ، فلا تُشترَطُ الْمُساواةُ، ولكن يُشترَطُ التَّقابُضُ في الْمَجلِس؛ لِما مَرّ.

ولا يَصِحُّ شِراءُ الفِضّةِ بالفِضّة مُجازَفةً؛ لاشتِراط الْمُساواةِ عندَ التَّجانُسِ، وعندَ الْمُجازَفةِ[2] يُتوهَّمُ الرِّبا، فلا يُعرَفُ ما هو شرطُ الجَوازِ، فلا يَجوزُ بالشَّكّ.

---

(١) في (هـ): الدراهم والدنانير.

(٢) في (ب) و(هـ): المجانسة.

باع أمةً مع طَوقِ ألفٍ بألفين نَسيئةً: فَسَد في الكلّ، ولو ألفٌ نقدًا: فهو ثَمَنُ الطَّوقِ.

ومن باع أمةً مع طَوقِ ألفِ مِثقالِ فِضّةٍ بألفي مِثقالِ فِضّةٍ نسَيئةً: فَسَد في الكلّ عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

أما في الصَّرف: فلفَوات التَّقابُضِ.

وأما في الأمة: فلأن الْمُفسِدَ مُقارِنٌ للعَقد، وقد تَقرَّر في الكلِّ معنًى من حيث إن قَبولَ العقدِ في البَعض شرطٌ لقَبوله في الباقِي.

وعندَهما: لا يَفسُدُ في الأَمة؛ لأن الفَسادَ يَتقدَّرُ بقَدْر الْمُفسِدِ عندَهما.

ولو باع أمةً قِيمتُها ألفُ مِثقالِ فِضّةٍ، وفي عُنُقها طوقُ فِضّةٍ وزنُه ألفُ مِثقالِ فِضّةٍ بألفَي مِثقالِ فِضّةٍ، ونَقَد من الثَّمَن ألفَ مِثقالٍ، ثم افترَقا: فالذي[1] نَقَد ثَمَنُ الطَّوقِ؛ لأن قبضَ حِصّةِ الطَّوقِ واجِبٌ في الْمَجلِس شرعًا، وقبْض حِصّةِ الأمةِ غيرُ واجِبٍ، والتَّسليمَ مُطلَقٌ، فيُجعَلُ الْمَنقودُ من حِصّة الطَّوقِ؛ إذ لا مُعارَضةَ بينَ الواجِبِ وغيرِه، والظّاهرُ من حال العاقِدِ الْمُسلِمِ أن يُؤدِّيَ الواجِبَ ولا يُخِلَّ به.

وكذا لو اشتَراهما بألفَي مِثقالِ فِضّةٍ، ألفٍ نَسيئةٍ وألفٍ نقدٍ: فالنَّقدُ ثَمَنُ الطَّوقِ؛ لأن الشَّرعَ حَرَّم التَّأجيلَ في بَدَل[2] الصَّرفِ، وأطلَقه في بَيع الأمةِ، والظَّنُّ بالْمُسلِم أن لا يَميلَ إلى الحَرام.

باع سيفًا مُحلًّى، وحِليتُه[3] خَمسون.. بمِائةٍ، ونَقَد خَمسين: فهو حِصّتُها، وإن لم يُبيِّن، أو قال: (من ثَمَنهما).

---

(١) في (ب): فلذى.

(٢) في (ب): بيع.

(٣) حلية السيف: زينته. «المصباح» ١/ ١٤٩.

وكذا لو باع سيفًا مُحلًّى، وحِليتُه خَمسون.. بمِائة دِرهَمٍ، ودَفَع من الثَّمَن خَمسين: صَحَّ البيعُ، وكان الْمَقبوضُ حِصّةَ الفِضّةِ، وإن لم يُبيِّن ذلك؛ لِما مَرّ.

وكذا لو قال: (خُذ هذه الخَمسين من ثَمَنهما)؛ لأنه قد يُعبَّرُ بالْمُثنّى عن الواحِد[1]، قال اللهُ تَعالى: ﴿يَخْرُجُ مِنْهُمَا ٱللُّؤْلُؤُ وَٱلْمَرْجَانُ﴾ [الرَّحْمَٰن: ٢٢]، والْمُرادُ أحَدُهما؛ لأنهما يَخرُجان من المالِح[2] لا من العَذْب، وقال تَعالى: ﴿نَسِيَا حُوتَهُمَا﴾ [الكهف: ٦١]، والنّاسِي صاحِبُ مُوسى عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ؛ بدَليل قولِه تَعالى: ﴿فَإِنِّي نَسِيتُ ٱلْحُوتَ﴾ [الكهف: ٦٣]، وقال: ﴿قَدْ أُجِيبَت دَّعْوَتُكُمَا﴾ [يونس: ٨٩]، والدّاعِي كان مُوسى عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ.

وقال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ لمالِك بنِ الحُوَيرِثِ وابنِ عمِّه: «إذا سافَرتُما فأذِّنا وأقِيما»[3]، والْمُرادُ أحَدُهما، فيُحمَلُ عليه بظاهِر حالِه.

ولو افترَقا بلا قبضٍ: صحَّ في السَّيف دونَها إن تَخلَّص بلا ضَرَرٍ، وإلا بَطَلا.

ولو افترَقا بلا قبضٍ بَطَل العقدُ في الحِلية؛ لأنه صرفٌ فيه، وقد فات شرطُه، وصَحَّ في السَّيف إن كان يَتخلَّص بلا ضررٍ؛ لأنه أمكَن إفرادُه بالبَيع، وصار كالطَّوق والأمةِ، وإن لم يَتخلَّص إلا بضررٍ بَطَل في السَّيف أيضًا؛ لأنه لا يَصِحُّ إفرادُه بالبَيع، كالجِذع في السَّقف.

وهذا إذا كانت الفِضّةُ الْمُفرَدةُ أزيدَ مما فيه من الفِضّة، فإن كانت مِثلَه أو أقلَّ منه: لم يَصِحَّ البيعُ؛ للرِّبا.

وكذا إذا لم يُدْرَ، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لاحتِمال الرِّبا، وجِهةُ الفَسادِ أكثرُ من جِهة الجَوازِ؛ لأن الفَسادَ بتَقدير الْمُساواةِ والنقُّصانِ، والجَوازَ بتَقدير الزِّيادةِ، ولو استَوت

---

(١) في (ب): لأن المثنى يطلق ويراد به الواحد.

(٢) كذا في الأصول.

(٣) تقدم تخريجه.

الجِهتان لتَرجَّحت جِهةُ الفَسادِ احتِياطًا، فما ظنُّك إذا كانت جِهةُ الفَسادِ أكثرَ؟!

باع إناءَ فِضَّةٍ، وقَبَض بعضَ ثَمَنِه، وافترَقا: صار مُشتركًا، وإن استُحِقَّ بعضُه: أخَذ ما بَقِي بِقسطه أو رَدّ، ولو نُقرةً لم يُخيَّر.

ومن باع إناءَ فِضَّةٍ، وقَبَض بعضَ ثَمَنِه، ثم افترَقا: بَطَل البيعُ فيما لم يُقبَض، وصَحَّ فيما قُبِض، وصار الإناءُ مُشتركًا بينَهما؛ لأنه صرفٌ كلُّه، وقد وُجِد التَّقابُضُ في البَعض دونَ البعضِ، فيَصِحُّ فيما وُجِد شرطُه، وبَطَل فيما لم يُوجَد شرطُه، والفسادُ طارِئٌ؛ لأنه يَصِحُّ ثم يَبطُلُ بالافتِراق لا عن قبضٍ، فلا يَتعدّى إلى ما بَقِي.

ولا يُقالُ: إن فيه تَفريقَ الصَّفْقةِ: لأن التَّفرُّقَ من جِهة الشَّرعِ باشتِراط القبضِ، لا من العاقِد، فصار كهَلاك أحدِ العبدَين.

وإن استُحِقَّ بعضُ الإناءِ فالْمُشتَري بالخِيار، إن شاء أخَذ ما بَقِي بقِسطه، وإن شاء رَدَّه؛ لأن الشَّركةَ في الإناء عَيبٌ؛ لأنه يَنتقِصُ[1] بالتَّبعيض، وقد ظَهَر أنه كان في يَد البائِع، بخِلاف ما مَرّ؛ لأن الشِّرْكةَ وَقَعت بصُنعه، وهو الافتِراقُ قبلَ نقدِ كلِّ الثَّمَنِ.

وإن باع قِطعةَ نُقرةٍ بعَشَرةٍ[2]، فاستُحِقَّ بعضُها: أخَذ ما بَقِي بحِصّته، ولا خِيارَ له؛ لأن الشَّركةَ ليست بعَيبٍ فيها؛ إذ لا تَنتقِصُ بالتَّبعيض.

صحَّ بيعُ(ز ف) دِينارٍ ودِرهَمٍ بضِعفهما، وكُرِّ بُرٍّ وشَعيرٍ بضِعفهما، وأحَدَ عَشَرَ دِرهَمًا بعَشَرة دَراهِمَ ودِينارٍ، ودِرهَمٍ صَحيحٍ ودِرهَمَي غَلّةٍ[3] بدِرهَمَين صَحيحَين ودِرهَمِ غَلّةٍ، ودِينارٍ بعَشَرةٍ عليه، أو بعَشَرةٍ مُطلَقةٍ، وتَقاصّا، واللّاحِقُ كالسّابق.

---

(١) في (ب) و(هـ): ينتقض.

(٢) مثبتة من (أ).

(٣) الغلة من الدراهم: هي المقطعة التي في القطعة منها قيراط أو طسوج أو حبة، عن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ في رسالته، ويشهد لهذا ما قال في «الإيضاح»: يكره أن يقرضه غلة ليرد عليه صحاحًا. «المغرب» ص٣٤٤.

وصَحَّ بيعُ دِينارٍ ودِرهَمٍ بدِرهَمَين ودِينارَين، وبيعُ دِرهَمَين ودِينارٍ بدِرهَمٍ ودِينارَين، وكُرِّ بُرٍّ وشَعيرٍ بكُرَّي بُرٍّ وكُرَّي شَعيرٍ، وجُعِل كلُّ جِنسٍ بخِلافه؛ تَصحيحًا للعَقد استِحسانًا.

وقال زفرُ والشافعيُّ رَحِمَهُمَااللَّهُ: لا يَصِحُّ قِياسًا؛ لأن هذه صَفْقةٌ اشتَمَلت على بَدَلَين مُختلِفَين، فوَجَب أن يَكونَ الكلُّ مُقابَلًا بالكلِّ على سَبيل انقِسامِ الأجزاءِ بالأَجزاء بطَريق الشُّيوعِ، بأن يَنقسِمَ كلُّ بَدَلٍ من هذا الجانِبِ على البَدَلَين من ذلك الجانِبِ، وكذا كلُّ بَدَلٍ من ذلك الجانِبِ على البَدَلَين من هذا الجانِبِ.

ومتى وَجَبت الْمُقابَلةُ هكذا جاء التَّفاضُلُ ضَرورةً؛ إذ الحِنطةُ والشَّعيرُ، والدِّرهَمُ والدِّينارُ.. من أَحَد الجانِبَين أكثَرُ، فيَتحقَّقُ الرِّبا، وفي صَرف الجِنسِ إلى خِلافه تَغييرُ[1] تَصرُّفِه، وإثباتُ مُقابَلةٍ لا دَليلَ عليها في لَفظه.

نعم! فيه تَصحيحُ تَصرُّفِه، ولكن تَغييرُ التَّصرُّفِ لا يَصِحُّ لتَصحيح التَّصرُّفِ، كما لو اشتَرى قُلْبًا بعَشَرةٍ وثَوبًا بعَشَرةٍ، ثم باعَهما مُرابَحةً بخَمسةٍ وعِشرين: لا يَصِحُّ، وإن أمكَن تَصحيحُ تَصرُّفِه يُصرَفُ كلُّ الرِّبحِ إلى الثَّوب.

وكذا لو اشتَرى عبدًا بألفٍ، ثم باعَه قبلَ نقدِ الثَّمَنِ من البائِع مع عبدٍ آخَرَ بألفٍ وخَمسِمائةٍ: لا يَصِحُّ في الْمُشتَرىٰ بألفٍ؛ لأنه اشتَرى ما باع بأقلَّ مما باع، وإن أمكَن تَصحيحُه يُصرَفُ الألفُ إليه، حتى يكونَ مُشترِيًا بمِثل ما باع.

وكذا لو جَمَع بينَ عبدِه وعبدِ غيرِه، وقال: (بِعتُك أحَدَهما): لا يَصِحُّ، وإن أمكَن تَصحيحُه بصَرفِه إلى عَبده.

وكذا لو باع دِرهَمًا وثَوبًا بدِرهَمٍ وثَوبٍ، ثم تَفرَّقا عن مَجلِس العقدِ قبلَ القَبضِ:

---

(١) كذا في (ج)، وفي (ب) و(هـ): يعتبر، وفي باقي النسخ غير منقوطة.

بَطَل العقدُ في الدِّرهَمَين؛ لأنه صرفٌ في الدِّرهَمين، وإن أمكَن تصحيحُه يُصرَفُ الدِّرهَمُ إلى الثَّوب، والثَّوبُ إلى الدِّرهَم، ومع ذلك لم يُصرَف؛ لأن كَلامَه واجِبُ التَّصحيحِ على الوَجه الذي باشَرَه، وهو إنما باشَره على أن يَكونَ الكلُّ مُقابَلًا بالكلّ، لا على أن يَكونَ الفردُ مُقابَلًا بالفَرد.

ولنا: أن العقدَ يَقتَضي مُطلَقَ الْمُقابَلةِ، لا مُقابَلَةَ الكلِّ بالكلِّ بطَريق الشُّيوع، ولا مُقابَلَةَ الفردِ بالفَرد من جِنسه أو من خِلاف جِنسِه؛ لأنها مُقابَلةٌ مُقيَّدةٌ، واللَّفظُ مُطلَقٌ غيرُ مُتعرِّضٍ لواحِدٍ منها[1].

ولكن مع هذا يَحتمِلُ مُقابَلَةَ الفردِ بالفَرد وسائِرَ وُجوهِ الْمُقابَلةِ لا بقَضِيّة الإطلاقِ، ولكن لأن الذّاتَ لا تَخلو عن وصفٍ من الأَوصاف، كما عُرِف في الرَّقَبة؛ ألا تَرى أنه لو أتى بهذه الْمُقابَلةِ، ثم قال: (على أن يَكونَ الجِنسُ بخِلاف الجِنسِ): يَصِحُّ، ويَصيرُ الفردُ مُقابَلًا بالفَرد، ولولا الاحتِمالُ لَما صَحَّ التَّفسيرُ به.

ولَمّا كانت هذه الْمُقابَلةُ تَحتمِلُ مُقابَلةَ الفردِ بالفَرد -وهو طَريقٌ مُتعيِّنٌ لتَصحيحه- وَجَب أن يُحمَلَ عليه؛ تَصحيحًا لتَصرُّفه، ولهذا وَجَب حملُ كَلامِه على الْمَجاز إذا[2] لم يَصِحَّ إلا بالحَمل عليه.

وبه تَبيَّن أنه ليس بتَغييرٍ[3] لكَلامه، بل هو تَعيينُ أحدِ الْمُحتمِلَين، ولئن كان فيه تَغييرٌ فَفيه تَغييرُ وصفِه -وهو بُطلانُ صِفةِ الشُّيوعِ- لا أصلِه؛ إذ مُوجَبُه الأصليُّ ثُبوتُ الْمِلك في الكلِّ بمُقابَلة الكلّ، وهو باقٍ بعدَه، ولهذا قُوبِل الفردُ بالفَرد في الجِنس بالجِنس، بأن باع دِينارَين بدِينارَين، حتى لو قَبَض كلُّ واحِدٍ منهما دِينارًا يَصِحُّ العقدُ فيه، فلو قُوبِلت

(١) في (ب) و(هـ): منهما.

(٢) في (د): إذ.

(٣) في (ب): بتغير، وفي (هـ): بتعيين.

الأجزاءُ بالأجزاء لَمَا صَحّ؛ لأن الْمَقبوضَ يَكونُ مُقابَلًا بالْمَقبوض وغيرِ الْمَقبوضِ حينَئذٍ، وصار كما لو باع نِصفَ عبدٍ مُشتركٍ بينَه وبينَ غيرِه، فإنه يَنصرِفُ إلى نَصيبه وإن كان فيه تَقييدُ كَلامِه؛ تَصحيحًا لتَصرُّفه.

وكذا لو باع عبدًا بألف دِرهَمٍ، وفي البَلَد نُقودٌ مُختلِفةٌ، وبعضُها أروجُ: يُحمَلُ مُطلَقُ كَلامِه عليه؛ تَصحيحًا لتَصرُّفه، وإن كان فيه تَقييدُ كَلامِه، بخِلاف مَسألةِ الْمُرابَحةِ؛ لأنه يَصيرُ تَوليةً فِي الْقُلْب بصَرف كلِّ الرِّبحِ إلى الثَّوب، والتَّوليةُ تُضادُّ الْمُرابَحةَ، فكان إبطالًا لتَصرُّفه أصلًا.

وفي الثّانية: طَريقُ التَّصحيحِ غيرُ مُتعيِّنٍ؛ لأنه كما أمكَن تَصحيحُه بصَرف الألفِ إلى العَبد الذي اشتَراه أمكَن تَصحيحُه أيضًا بصَرف الألفِ ومِائةٍ إليه، وإذا تَعدَّد طَريقُ الجَوازِ لم يُصحَّح؛ لأنه ليس تَصحيحُه بأحَد الوَجهَين[1] أحقَّ من الآخَر.

فإن قِيل: قد تَعدَّد[2] طَريقُ الجَوازِ هنا؛ لأنّا إذا صَرَفنا الدِّرهَمَ إلى الدِّينارَين، والدِّينارَ إلى الدِّرهَمَين: يَصِحُّ، وإذا صَرَفنا نِصفَ الدِّينارِ إلى الدِّرهَمَين، والدِّرهَمَ مع نِصفِ الدِّينارِ إلى الدِّينارَين[3]: يَصِحُّ أيضًا.

قُلنا: نعم! إلا أن التَّعدُّدَ إنما يَمنَعُ الجَوازَ إذا لم يَترجَّح أحدُ وُجوهِه، ولِما ذَكَرناه رُجحانٌ؛ لأن العقدَ وَرَد باسم الدَّراهِمِ، فتَجويزُه مع بقاءِ اسمِ الدَّراهِمِ أَولى.

وفي الثّالِثة: أُضِيفَ البيعُ إلى غَيرِ الْمُعيَّنِ، فلا يَنعقِدُ على الْمُعيَّن؛ للتَّنافِي بينَهما، وغيرُ الْمُعيَّنِ ليس بمحَلٍّ للعَقد.

---

(١) في (ب): النوعين.

(٢) في (ج) و(هـ): تعذر.

(٣) في (ج) و(د): الدرهمين.

وفي الرّابِعة: وَقَع العقدُ صَحيحًا، سواءٌ كان الجِنسُ مُقابَلًا بالجِنس أو بخِلافه، والفَسادُ يَجيءُ بعدَ الصِّحَةِ بعارِض الافتِراقِ لا عن قبضٍ؛ إذ القبضُ شرطُ البقاءِ على الصِّحَة، وصرفُ الجِنسِ إلى خِلافه للتّصحيح، وهو صَحيحٌ بدونه.

فإن قِيل: يُصرَفُ الجِنسُ إلى خِلافه ليَبقى صَحيحًا، كما يُصرَفُ هنا ليَنعقِدَ صَحيحًا.

قُلنا: الفَسادُ ثَمَّ مَوهومٌ؛ لجَواز أن يَتقابَضا في المَجلِس، وهنا مُتحقِّقٌ.

وصَحَّ بيعُ أحدَ عشَرَ دِرهَمًا بعَشَرة دَراهِمَ ودِينارٍ، وتكونُ العشَرةُ بمِثلها، والدِّينارُ بدِرهَمٍ؛ تَصحيحًا للعَقد.

ولو باع فِضّةً بفِضّةٍ، أو ذَهبًا بذَهَبٍ، ومع أقَلِّهما شيءٌ آخرُ يُساوِي فضلَ الطَّرَفِ الآخَرِ: صَحَّ البيعُ بلا كراهةٍ، وإن كان لا يُساوِي: صَحَّ مع الكَراهةِ؛ لأنهما باشَرا الحِيلةَ، فكان رِبًا مَعنًى.

وإن كان مع الأقَلِّ تُرابٌ أو نحوُه مما لا قِيمةَ له: لا يَصِحُّ؛ لوُجود الرِّبا؛ لخُلُوِّ الفضلِ في الطَّرَف الآخَرِ عن العِوَض.

وصَحَّ بيعُ دِرهَمٍ صَحيحٍ ودِرهَمَي غَلّةٍ بدِرهَمَين صَحيحَين ودِرهَمِ غَلّةٍ؛ للتّساوِي في الوَزن وسُقوطِ اعتِبارِ الجَودةِ.

والغَلّةُ: ما يَأخُذه التُّجّارُ، ويَرُدُّه بيتُ المال.

ومَن له على آخرَ عشَرةُ دَراهِمَ، فباع من عليه العشَرةُ دِينارًا بالعَشَرة التي عليه: صَحّ، وإن باعه بعشَرةٍ مُطلَقةٍ، ودَفَع الدِّينارَ، وتَقاصّا[1] العشَرةَ بالعَشَرة: صَحَّ أيضًا.

والدَّينُ اللاحقُ كالدَّين السّابِق، وذلك أن يَبيعَ دِينارًا بعشَرةٍ، ثم يَحدُثَ لِمُشتَري الدِّينارِ عشَرةٌ على بائِع الدِّينارِ، بأن باع ثَوبًا منه بعشَرةٍ، وتَقاصّا، فهذه ثَلاثةُ فُصولٍ.

---

(١) في (ب): وتقابضا.

أما الأوَّلُ -وهو ما إذا أَضاف العقدَ إلى الدَّين-: فإنه يَصِحُّ إجماعًا، ويَجِبُ بالعَقد ثَمَنٌ لا يَجِبُ تَعيينُه، ولا يَجِبُ به قبضٌ مُعيَّنٌ، وذلك صَحيحٌ؛ لأن تَعيينَ أحدِ العِوَضَين في الصَّرف للاحتِراز عن الدَّين بالدَّين، وتَعيينَ الآخَرِ للتَّفادي عن الرِّبا، ولا رِبا في دَينٍ يَسقُطُ، وإنما الرِّبا في دَينٍ يَقَعُ الخطَرُ في عاقِبته، بأن يَتْوى عليه، فيَسلَمَ الْمَقبوضُ عن التَّوى، والآخَرُ على خَطَر التَّوى، فيَتحقَّقُ الفضلُ، ولهذا حَرُم بيعُ الدَّينِ بالدَّين.

ولو تَصارَفا دَراهِمَ دَينٍ بدَنانيرِ[1] دَينٍ: صَحّ؛ لفَوات الخطَرِ في دَينٍ ثابِتٍ قبلَ البيعِ يَسقُطُ[2] بالبَيع.

وأما الثّاني -وهو ما إذا أطلَق البيعَ-: فإنه وَجَب بهذا العقدِ ثَمَنٌ يَجِبُ تعيينُه بالقَبض الْمُعيِّنِ؛ احتِرازًا عن الرِّبا، والدَّينُ ليس بهذه الصِّفةِ؛ لأنه يَسقُطُ، والواجِبُ بالعَقد لا يَسقُطُ، بل يَجِبُ تَعيينُه، فلذا لم تَقَع الْمُقاصّةُ بنَفس العقدِ؛ لعَدَم التَّجانُسِ.

فإن تَقاصّا صَحَّ استِحسانًا، ولم يَصِحَّ قِياسًا، وهو قولُ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه لو صَحَّ التَّقاصُّ[3] فإما أن يَصِحَّ مع بقاءِ الصَّرفِ الأوَّلِ، وذا لا يَجوزُ؛ لأنه يَكونُ استِبدالًا ببدَل الصَّرفِ؛ لأن مُشتريَ الدَّراهِمِ يَملِكُ مَكانَ بدَلِ الصَّرفِ ما في ذِمّته أوّلًا[4] مع بقائِه، بل انفِساخَ[5] الأوّلِ وانعِقادَ الآخَرِ، وإنه يَكونُ بطَريق الاقتِضاءِ، وزفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا يَقولُ به.

ولنا: أنهما لما تَقاصّا ولا صِحّةَ له إلا بانفِساخ الصَّرفِ الأوَّلِ، وانعِقادِ صرفٍ آخرَ مُضافًا[6] إلى تلك العشَرةِ -إذ لولاه لكان استِبدالًا ببَدَل الصَّرف- كانا قاصِدَين له

---

(١) في (ب) و(هـ): بدينار.

(٢) في (ج): فسقط، في (هـ): لأنه يسقط.

(٣) في (ب): التقاصص، وفي (ج): التقابض.

(٤) في (ب): أولاً لا.

(٥) أي وإما أن يكون انفساخ الأول وانعقاد الآخر. وانظر «التبيين» ٤/ ١٤٠.

(٦) في (ب): مضاف.

ضَرورةً، والفسخُ قد يَثبُتُ اقتِضاءً، كما لو تَبايَعا بألفٍ، ثم بألفٍ وخَمسِمائةٍ، فإن البيعَ الأوَّلَ يَنفسِخُ ضَرورةَ ثُبوتِ الثّاني.

وأما الثّالثُ -وهو ما إذا حَدَث الدَّينُ بعدَ الصَّرفِ-.. فإن لم يَتقاصّا: لم تَقَع المُقاصّةُ؛ لأنه لو كان مَوجودًا لم تَقَع، فهنا أحَقُّ، وإن تَقاصّا: لا يَصِحُّ في رِوايةٍ؛ لأنه صرفٌ بدَينٍ سيَجِبُ، وفي رِوايةٍ: يَصِحُّ، وهو **الأصَحُّ**، لأن التَّقاصَّ يَتضمَّنُ فسخَ الصَّرفِ الأوَّلِ وإنشاءَ صرفٍ آخرَ، فكان صرفًا بدَينٍ سَبَق وُجوبُه، ومَن أحكَم ما بيَّنّا يَتَّضِحُ له ما ذَكَر في «الزِّيادات» في نَظيره.

وغالِبُ الفِضّةِ والذَّهَبِ: فِضّةٌ وذَهَبٌ.

وإذا كان الغالِبُ على الدَّراهِم الفِضّةَ فهي فِضةٌ[1]، وإن كان الغالِبُ على الدَّنانير الذَّهَبَ فهي ذَهَبٌ.

فلو باع بعضَها ببعضٍ، أو بالخالِصة[2]: لا يَصِحُّ إلا مُتساوِيًا وزنًا، كالاستِقراض[3].

ويُعتبَرُ فيهما من تَحريم التَّفاضُلِ ما يُعتبَرُ في الجِياد، فلو باع بعضَها ببعضٍ، أو باعها بالخالِصة: لا يَصِحُّ إلا مُتساوِيًا وزنًا، وكذا لا يَصِحُّ استِقراضُها إلا وزنًا؛ لأنها لا تَخلو عن قَليل الغِشّ؛ إذ هي لا تَنطبِعُ بدونه، وقد يَكونُ الغِشُّ خَلْقِيًّا، كما في الرَّديء، فيُلحَقُ الغِشُّ القَليلُ بالرَّداءة، والجيِّدُ والرَّديءُ سَواءٌ.

لا غالِبُ الغِشّ، فصحَّ بيعُها بجِنسها مُتفاضِلًا، وبالخالِصة إن زادَت، وإلا لا.

---

(١) في سوى (ب): فهي دراهم.

(٢) في (م) و(ف) زيادة: أو استقرض.

(٣) سقطت من (م) و(ف).

وإن كان الغالِبُ عليهما الغِشَّ: فليسا في حُكم الدَّراهِمِ والدَّنانيرِ؛ إذ العِبرةُ للغالِب في الشَّرع.

وصَحَّ بيعُها بجِنسها مُتفاضِلًا، ويُصرَفُ الجِنسُ إلى خِلاف الجِنسِ، ولكن يُشترَطُ التَّقابُض؛ لأنه صرفٌ؛ لوُجود الفِضّةِ من الطَّرفَين.

وإذا شُرِط القبضُ في الفِضّة شُرِط في الصُّفر؛ لأنه لا يَتميَّزُ عنه إلا بضررٍ.

ولم يُبِح مَشايخُنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ التَّفاضُلَ في العَدَاليِّ والغَطارِفةِ[1]؛ لأنها أعزُّ الأموالِ وأروَجُها[2] في دِيارنا[3]، فتُفضِي إباحتُه إلى فَتح بابِ الرِّبا.

وصَحَّ بيعُها بالخالِصة، أي بالدَّراهِم الجيِّدةِ إن زادت الخالِصةُ، وإن كانت مِثلَها أو أقَلَّ، أو لم يُدرَ: لا يَصِحُّ، كما في السَّيف المُحلّى.

والتَّبايُعُ والاستِقراضُ بما يَروجُ وزنًا أو عَدَدًا، ولا يَتعيَّنُ، والمُتساوِي: كالأوَّل فيهما، وفي الصَّرف كالثّاني.

والتَّبايُعُ والاستِقراضُ بالوَزن إن كانت تروجُ وزنًا، وبالعدِّ إن كانت تروجُ عدًّا، وإن كانت تروجُ بهما فبكلِّ واحِدٍ منهما؛ لأن المُعتبَرَ فيما لا نصَّ فيه العادةُ.

ولا تَتعيَّنُ بالتَّعيين ما دامت تروجُ؛ لأنها أثمانٌ عندَ الرَّواجِ، وإن كانت لا تروجُ

---

(١) العدالي: بفتح العين المهملة وتخفيف الدال المهملة وباللام المكسورة، أي الدراهم المنسوبة إلى العدالي، وكأنه اسم ملك نسب إليه درهم فيه غش.

والغطارفة: أي الدراهم الغطرفية، وهي المنسوبة إلى غطريف بكسر الغين المعجمة وسكون الطاء وكسر الراء بعدها الياء آخر الحروف الساكنة وفي آخره فاء، وهو ابن عطاء الكندي أمير خراسان أيام هارون الرشيد، وقيل: هو خال الرشيد. «البناية» ٨/ ٤١١.

(٢) في (أ): وأرفعها.

(٣) أي في بخارى وسمرقند. «البناية» ٨/ ٤١١.

فهي سِلعةٌ تَتعيَّنُ بالتَّعيين.

وإن قَبِلها البعضُ دونَ البعضِ فهي كالزُّيوف، لا يَتعلَّقُ العقدُ بعَينها، بل بجِنسها زُيوفًا إن عَلِم البائعُ بحالها؛ لوُجود الرِّضا منه، وبجِنسها من الجِياد إن لم يَعلَم؛ لعَدَم الرِّضا منه.

والْمُتساوِي: كغالِب الفِضّة في التَّبايُع والاستِقراضِ، وفي الصَّرف: كغالِب الغِشّ.

ولو باع به، أو بفَلْسٍ نافِقٍ لم يُعيَّن: صحّ، فلو كَسَد[1] بطَل، وعَيَّن لو كاسِدًا.

ولو باع بغالِب الغِشِّ، أو بفَلْسٍ نافِقٍ: صَحَّ وإن لم يُعيِّن؛ لأنه ثَمَنٌ بالاصطِلاح.

فلو كَسَدت وتَرَك النّاسُ الْمُعامَلةَ بها: بَطَل البيعُ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: عليه قِيمةُ غالِبِ الغِشِّ يومَ البيعِ، وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: عليه قِيمتُه آخِرَ ما تَعامَل[2] النّاسُ الْمُعامَلةَ به[3].

لهما: أن العقدَ صَحّ، وإنما تَعذَّر التَّسليمُ بالكَساد، وذا لا يُوجِبُ الفَسادَ؛ لأنه صِفةٌ عارِضةٌ قابِلةٌ للزَّوال ساعةً فساعةً بالرَّواج، فصار كما لو اشتَرى بالرُّطَب فانقَطَع أوانُه.

وإذا بَقِي العقدُ عندَهما وقد تَعذَّر تَسليمُه: فتَجِبُ القِيمةُ.

لكنَّ أبا يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ اعتبَر يومَ البيعِ؛ لأنه الْمَضمونُ بالبَيع، كالْمَغصوب، فإنه يَعتبِرُ قِيمتَه يومَ الغصبِ؛ لأنه مَضمونٌ به.

واعتبَر محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يومَ الانقِطاعِ؛ لأن مُوجَبَه ردُّ ما انعَقَد به العقدُ، والانتِقالُ

---

(١) كسد الشيء كسادًا فهو كاسد: إذا لم يُبتع، ولم يَسأل عنه أحد، وكذلك: سوق كاسدة. «المستعذب» ١/ ٢٥٤.

(٢) في (هـ): اعتاد.

(٣) في (ب): آخر ما تعامل الناس بها، وفي (ج): آخر ما ترك الناس المعاملة به.

منه إلى القِيمة بالانقِطاع، فيُعتبرُ يومُ الانقِطاعِ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن صِفةَ الثَّمنيّةِ للفُلوس بعارِض الاصطِلاحِ، فإذا بَطَلت بالكَساد لم تبقَ ثَمَنًا، فبَقِي البيعُ بلا ثَمَنٍ، فيَبطُلُ، وإذا بَطَل يَجِبُ ردُّ الْمَبيعِ إن كان قائِمًا، وردُّ قِيمتِه لو هَلَك، كما في البَيع الفاسِدِ.

وإن باع بفَلْسٍ هو كاسِدٌ: لم يَجُز البيعُ حتى يُعيِّنَه؛ لأنه سِلعةٌ، فلا بُدَّ من تَعيينه.

ولو كَسَدت أفلُسُ القرضِ: رَدَّ(س م) مِثلَها.

ولو كَسَدت أفلُسُ القرضِ ردَّ مِثلَها عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه إعارةٌ، ومُوجَبُها ردُّ العَينِ مَعنًى، وذا بالْمِثل، والثَّمنيّةُ فضلٌ فيه؛ إذ صِحّةُ استِقراضِ الفَلْسِ لم تكن باعتِبار صِفةِ الثَّمَنيّةِ، بل لأنه مِثليٌّ، وبالكَساد لم يَخرُج من أن يَكونَ مِثليًا، ولهذا صَحَّ استِقراضُه بعدَ الكسادِ.

وعندَهما: تَجِبُ قِيمتُها؛ لأنه تَعذَّر ردُّها كما قُبِضت؛ إذ الْمَقبوضُ فُلوسٌ هي ثَمَنٌ، وقد بَطَلت صِفةُ الثَّمَنيّةِ بالكَساد، فيَجِبُ ردُّ قِيمتِها، كما لو استَقرَض مِثليًا، فانقَطَع الْمِثلُ من أيدي النّاسِ.

لكن عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُعتبرُ يومَ القبضِ، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يومَ الكسادِ، كما مرّ.

وأصلُ الاختِلافِ: فيمن غَصَب مِثليًا فانقَطَع، فعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تُعتبرُ قِيمتُه يومَ الغصبِ، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يومَ الانقِطاعِ.

وقولُ محمدٍ أنظَرُ في حقِّ الْمُستقرِضِ؛ لأن قِيمتَه يومَ الاستِقراضِ أكثرُ، ويومَ الانقِطاعِ أقلُّ، وكذا في حقِّ الْمُقرِض بالنَّظَر إلى قَول أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ، وقولُ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ أيسَرُ؛ لأن قِيمتَه يومَ القبضِ مَعلومةٌ، ويومَ الكسادِ لا تُعرَفُ إلا بحرَجٍ.

باع بنصف(ز) درهم فلوسٍ، أو بدرهم(م)، أو دفع درهمًا وقال: (أعطني نصفَ درهم فلوسًا ونصفًا إلا حبة(١)): صحّ.

ومن اشترى شيئًا بنصف درهم فلوسٍ، أو بدانقِ فلوسٍ، أو بقيراطِ فلوسٍ، أو بدرهم فلوسٍ، أو بدرهمين فلوسٍ: صَحّ، وعليه من الفُلوس ما يُباعُ بنصف دِرهمٍ ونحوِه.

وقال زفرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَصِحُّ في الكلّ؛ لأن العقدَ تعلّق بالفُلوس لا بالدّانِق ونحوِه، فلا بُدَّ أن تكونَ مَعلومةَ العدَدِ(٢)؛ إذ الفُلوسُ تُقدَّرُ بالعَدَد لا بالدّانِق والدِّرهَمِ، ولم يُوجَد، فكان الثَّمَنُ مَجهولًا.

ولنا: أن المُرادَ به: ما يُباعُ من الفُلوس بنِصف دِرهَمٍ، أو بدانِقٍ، أو بدِرهَمٍ، وهو مَعلومٌ عندَ النّاسِ؛ إذ الكَلامُ فيما إذا كان قَدْرُ الدِّرهَم عِبارةً عن قَدْرٍ من الفُلوس، كما يَكونُ في بَعض البِلادِ، فإذا كان كذلك صار كأنه صَرَّح(٣) بقَدْر الفُلوسِ، فيَصِحُّ العقدُ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَصِحُّ فيما دونَ الدِّرهَمِ لا في الدِّرهَم؛ لأن الجَوازَ في القَليل بالعادة، وإن كان القِياسُ يَأباه، ولا عادةَ في الكَثير، والأَصَحُّ: الجَوازُ في الكلّ؛ للعُرف.

ولو دَفَع إلى صَيرفيٍّ دِرهَمًا، وقال: (أعطِني نِصفَ دِرهَمٍ فُلوسًا، ونِصفًا إلا حبّةً): صَحّ؛ لأنه قابَل الدِّرهَمَ بما يُباعُ من الفُلوس بنِصف دِرهَمٍ وبنِصف دِرهَمٍ إلا حبّةً، فكان نِصفُ دِرهَمٍ إلا حبّةً بمِثله، والباقي بمُقابَلة الفُلوسِ.

ولو قال: (أعطِني بنِصفه فُلوسًا، وبنِصفه نِصفًا إلا حبّةً): بَطَل البيعُ في الكلِّ على

---

(١) الحبة: وحدة من الأوزان الشرعية، وهي حبة الشعير المتوسطة التي لم تقشر بعد قطع ما دق واستطال منها، وهي تساوي جزءًا من ثمانية وأربعين جزءًا من الدرهم. «لغة الفقهاء» ص١٧٤.

(٢) في (هـ): القدر.

(٣) في (ج): طرح.

قِياس قولِ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن الفَسادَ قويٌّ، فيَشيعُ في الكلِّ كما هو مَذهَبُه.

وعندَهما: صَحَّ البيعُ في الفُلوس، وبَطَل فيما بَقِي؛ لأن بيعَ نِصفِ دِرهَمٍ بالفُلوس صَحيحٌ، وبيعَ النِّصفِ بنِصفٍ إلا حبّةٍ فاسِدٌ؛ للرِّبا.

وإن قال: (أعطِني بنِصفه فُلوسًا، وأعطِني بنِصفه نِصفًا إلا حبّةً): فجَوابُه كجَوابهما في الأَصَحّ؛ لتَفرُّق الصَّفْقةِ بتكرار لفظِ الإعطاءِ، وفَسادُ أحدِ البيعَين لا يُوجِبُ فَسادَ الآخرِ.

زاد(م) أو حطَّ بعدَ الصَّرفِ: صحّ(س)، وفَسَد(س م)، كزِيادة الخمرِ والدَّمِ في البَيع.

ولو زاد أو حَطَّ بعدَ الصَّرفِ دِرهَمًا صَحّ، وفَسَد الصَّرفُ، أي: لو باع قُلْبَ فِضّةٍ وزنُه عشَرةٌ بعَشَرة دَراهِمَ، وتَقابَضا، ثم زاد في الثَّمَن دِرهَمًا: صَحَّت الزِّيادةُ، وفَسَد[1] الصَّرفُ.

وكذا لو حَطَّ عن الثَّمَن دِرهَمًا: صَحَّ الحطُّ وفَسَد الصَّرفُ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَصِحُّ الزِّيادةُ والحطُّ، ويَبقى العقدُ الأوّلُ على الصِّحّة؛ لأن في تَصحيحهما إبطالَهما، فيَبطُلان.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَصِحُّ الزِّيادةُ؛ لِما ذَكَرنا، ويَصِحُّ الحطُّ، ولا يَفسُدُ الصَّرفُ؛ لأنه لا يَلتحِقُ بأَصل العقدِ، بل يَصيرُ هِبةً مُبتدأةً، كحطِّ كلِّ الثَّمَنِ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنهما يَملِكان إبطالَ العقدِ بالفَسخ، فأَولى أن يَملِكا تَغييرَه من الصِّحّة إلى الفَساد؛ لأن إبطالَ الوصفِ أهوَنُ من إبطال الأصلِ.

وعلى هذا الخِلافِ: إذا باع عبدًا بألف دِرهَمٍ، ثم زاد في الثَّمَن رِطلًا من خمرٍ أو دمٍ.

تَصارَفا، فاستَقرَضا، فأدَّيا، أو استُحِقَّ ما أعطَيا، فاستَبدَلا قبلَ الافتِراقِ، أو قُضِي بغُرْم حُلِيٍّ، فافترَقا بلا قبضٍ، أو أُجِّل: صحّ(ز ف).

---

(١) في (ب): وبطل.

الدَّراهِمُ والدَّنانيرُ لا يَتعيَّنان بالتَّعيين في عُقود الْمُعاوَضاتِ وفُسوخِها، وقال زفرُ والشَّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: يَتعيَّنان، حتى لو تَصارَفا دَراهِمَ بدَنانيرَ، ولم يكن عندَهما ذلك، فاستَقرَضا وأدَّيا قبلَ أن يَفترِقا: جاز عندَنا، ولو تَصارَفا وأدَّيا، فاستُحِقَّ ما أعطيا، فاستَبدَلا قبلَ الافتِراقِ: جاز عندَنا[١]، خِلافًا لهما.

لهما: أن التَّعيينَ تَصرُّفٌ صَدَر من أَهله مُضافًا إلى محَلِّه؛ لأنها تَتعيَّنُ في التَّبرُّعات والوَكالاتِ والغُصوبِ مُفيدًا[٢] في نَفسه؛ لأن للنّاس أغراضًا في بَعض الأعيانِ، فيَصِحُّ، كتَعيين السِّلَعِ.

ولنا: أن حُكمَ الشَّرعِ في جانِب الأعيانِ أن يَتعلَّقَ وُجوبُ مِلكِها بالبَيع لا وُجودِها، وحُكمُ البيعِ في جانِب الأثمانِ وُجودُها، ووُجوبُها في الذِّمّة بالبَيع، فإذا صَحَّ التَّعيينُ انقلَب الحُكمُ شرطًا، وهو باطِلٌ..

والْمُعاوَضاتُ تُخالف التَّبرُّعاتِ هذه؛ للإيثار بالأَعيان، وتلك لالتِزام الدُّيونِ، والتَّعيينُ لا يُفيدُ إلا من حيث تَعلُّقُ العقدِ بالقَدْر والوصفِ، ويتعيَّن في حقِّهما أيضًا.

والكَلامُ في الاستِحقاق، حتى لو اشتَرى بدَراهِمَ مُتعيِّنةٍ، فحَبَسها ودَفَع مِثلَها: ليس له أن يَأبى ذلك عندَنا.

ولو استَهلَك حُلِيَّ ذَهَبٍ لإنسانٍ، فقَضى القاضِي عليه بقِيمته من الدَّراهِم -اعتِبارًا للصِّياغة، وتَحرُّزًا عن الرِّبا-، فافترَقا بلا قبضٍ: صَحّ، ولا يَبطُلُ القَضاءُ، وعندَ زفرَ رَحِمَهُٱللَّهُ: يبطُلُ.

وكذا لو استَهلَك دَراهِمَ غيرِه، فضَمِن مِثلَها، وأجَّله الطّالبُ: صَحَّ عندَنا، وعندَه:

---

(١) في (أ): عندهما.

(٢) في (هـ): مقيدًا.

لا يَصِحُّ.

له: أنه صرفٌ، فيَبطُلُ بالتَّأجيل والافتِراقِ لا عن قبضٍ.

ولنا: أنه ضَمانٌ، والضَّمانُ قائمٌ مَقامَ الْمَضمونِ كأنه هو، ولو قَضى القاضِي بردِّ العَينِ لا يُشترَطُ القبضُ، ولا يَبطُلُ بالتَّأجيل، كذا هنا.

يُقرَضُ عَدديٌّ مُتقارِبٌ، وكَيليٌّ، ووَزنيٌّ، لا حَيوانٌ، وثَوبٌ.

وصَحَّ استِقراضُ مِثليٍّ، كعدَديٍّ مُتقارِبٍ، وكَيليٍّ، ووزنيٍّ، لا غيرِ مِثليٍّ، كحيَوانٍ وثَوبٍ؛ لأن القرضَ إعارةٌ شُرِع لإطلاق الانتِفاعِ بالعَين، غيرَ أنه لا يُمكِنُ الانتِفاعُ بالْمَكيل والْمَوزونِ والعدَديِّ الْمُتقارِبِ إلا باستِهلاك أعيانِها، فكانت الْمَنفَعةُ عائدةً إلى ذاتها، فقام الْمِثلُ في الذِّمّة مُقامَ العَينِ كأنه انتَفَع بالعَين ورَدَّه(١).

وهذا إنما يَتأتّى في ذَوات الأمثالِ؛ لتَمكُّن إيجابِ الْمِثلِ في الذِّمّة، لا في الحَيوان والثِّيابِ؛ لأنه لا مِثلَ لهما.

استَقرَض كُرًّا، وقَبَضه: مَلَكه(س)، فلو باعَه من مُقرِضه صحّ(س)، بخِلاف الشِّراءِ(س)، فإن اشتَرى ما عليه صحّ، فإن تَفرَّقا قبلَ قبضِ بَدَلِه: فَسَد، فإن وَجد به عَيبًا: لم يَرُدَّه، ورَجَع بنُقصانه، ولو اشتَراه بكُرٍّ لا.

استَقرَض كُرَّ بُرٍّ، وقَبَضه: مَلَكه، وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَملِكُه حتى يَستهلِكَه؛ لأن القرضَ إعارةٌ، إلا أن العَينَ هنا قامت مَقامَ الْمَنفَعةِ، وهي لا تُملَكُ إلا باستِهلاكها، فكذا العَينُ.

ولهما: أن العَينَ لَمّا قامت مَقامَ الْمَنفَعةِ قام قبضُها مَقامَ قبضِ الْمَنفَعةِ.

---

(١) في (ج): ورده بعينه.

فلو باعه من مُقرِضه صَحّ؛ لأنه باع مِلكَ نفسِه.

ولو اشتَراه من مُقرِضه لم يَصِحّ؛ لأنه اشتَرى مِلكَ نفسِه، وفيه خِلافُ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ.

فإن اشتَرى ما عليه من الكُرِّ من مُقرِضه بمِائة دِرهَمٍ صَحّ؛ لأنه مَقدورُ التَّسليمِ؛ لكَونه في ذِمّته.

فإن تَفرَّقا قبلَ قبضِ بدَلِه فَسَد؛ للافتِراق عن دَينٍ بدَينٍ.

فإن نَقَد بدَلَه في الْمَجلِس صَحّ؛ للافتِراق عن عَينٍ بدَينٍ.

فلو نَقَد حتى صَحّ، ثم وَجَد بالكُرِّ عَيبًا: لم يَرُدَّه؛ لأنه مَلَكه بالقَرض، وهو تبرُّعٌ لا يَقتَضي السَّلامةَ عن العَيب، ولكن يَرجِعُ بنُقصان العَيبِ من الثَّمَن؛ لأن الْمَبيعَ كُرٌّ في الذِّمّة وَجَب بدلًا عن القَرض، والقرضُ مَعيبٌ، فالكُرُّ الذي وَجَب بدلًا عنه يَكونُ مَعيبًا أيضًا، وقد تَعذَّر ردُّه؛ لأنه كان في ذِمّته، وسَقَط لَمّا اشتَراه عن ذِمّته، فصار كما لو هَلَك الْمَبيعُ ثم عَلِم بعَيبٍ به، فإنه يَرجِعُ بنُقصانه.

وإنما يُعرَفُ النُّقصانُ بأن يُقوَّمَ الكُرُّ القرضُ غيرَ مَعيبٍ، ويُقوَّمَ وبه هذا العَيبُ، فيُرجَعَ بفَضل ما بينَهما.

ولو اشتَراه بكُرٍّ مِثلِه لا يَرجِعُ أيضًا؛ لأنه رِبًا.

استَقرَض دَراهِمَ، واشتَراها بدِينارٍ، ونَقَد، ووَجَدها زُيوفًا: لا يَرُدُّ(س)، ولا يَرجِعُ(س).

استَقرَض دَراهِمَ، واشتَراها بدِينارٍ[1]، ونَقَد: صَحّ، فلو وَجَد الدَّراهِمَ زُيوفًا لا يَرُدُّها، ولا يَرجِعُ بالنُّقصان؛ لأن من قَبَض من غَريمه زُيوفًا مَكانَ الجِيادِ، ثم عَلِم بعدَ الاستِهلاكِ: لم يَرجِع بشيءٍ.

---

(١) في (ب) و(ج): بدنانير.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: يَرُدُّ الزُّيوفَ، ويَرجِعُ بالجِياد؛ لِما مَرّ.

ولو رَصاصًا، أو سَتُّوقةً، ولم يَتفرَّقا: رَدّ، ورَجَع بالجِياد، وإن تَفرَّقا بَطَل.

ولو وَجَدها رَصاصًا أو سَتُّوقةً، ولم يَتفرَّقا: رَدّ، ورَجَع بالجِياد.

أما الرَّدُّ: فلأنه عَرْضٌ، فلا يَصِحُّ استِقراضُه.

وأما رُجوعُ الْمُستقرِضِ على الْمُقرِض بالدَّراهِم الجِيادِ: فلأن العقدَ وَرَد على دَراهِمَ جِيادٍ، ولم يُستوفَ.

وإن تَفرَّقا بَطَل؛ لعَدَم التَّقابُضِ؛ لأن الْمَقبوضَ ليس من جِنس الدَّراهِم، بخِلاف الزُّيوفِ.

ادَّعى عليه مِثليًّا، فاشتَراه بمِائةٍ، ونَقَد، فتَصادَقا أنْ لا دَينَ: بَطَل.

ادَّعَى عليه مِثليًّا، كالْمَكيل، والْمَوزونِ، والْمَعدودِ، فاشتَراه الْمُدَّعى عليه بمِائة دِرهَمٍ، ودَفَع، ثم تَصادَقا أن لا دَينَ: بَطَل؛ لأنه تَناوَل ما في الذِّمّة، والطَّعامُ يَتعيَّنُ بالتَّعيين، وبالتَّصادُق ظَهَر أنه باع الْمَعدومَ.

وإن كان الْمُدَّعى نقدًا، أو فُلوسًا، وتَصادَقا في الْمَجلِس: لا، وبعدَه فَسَد فيه.

وإن كان الْمُدَّعى نقدًا، كالدَّراهِم والدَّنانيرِ، أو فُلوسًا، وقَبَض[1] الثَّمَنَ، وتَصادَقا في الْمَجلِس أن لا دَينَ عليه: لا يَبطُلُ؛ لأن العقدَ لم يَتعلَّق بعَينها.

وإن تَفرَّقا ثم تَصادَقا: بَطَل في النَّقد؛ لأنه صرفٌ، فيُعتبَرُ[2] قبضُ البَدَلَين قبلَ الافتِراقِ لا في الفُلوس؛ لأنه ليس بصرفٍ؛ لأنها ليست بثَمَنٍ مُطلَقًا، فيُعتبَرُ قبضُ أحدِ

---

(١) في (ج): وقبضا.

(٢) في (ب): فيتعين.

البَدلَين، لا قبضُهما.

مَلَّك دَينَه من غَير من عليه: بَطَل(ك) إن لم يُوكِّله بقَبضه.
وتَمَّ إبراؤُه وهِبتُه ممن عليه بلا قَبولٍ، وارتَدَّ برَدِّه، لا برَدِّ(س) وارِثه.

وإن مَلَّك دَينَه مِن غَير مَن عليه الدَّينُ بَطَل إن لم يُوكِّله بقَبضه، خِلافًا لمالِكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: أنه مالٌ يَقبَلُ التَّمليكَ منه، فيَقبَلُه من غَيره، كالعَين.

ولنا: أنه مَلَّك ما لا[1] يَقدِرُ على تَسليمه، فلا يَصِحُّ، بخِلاف تَمليكِه منه؛ لأنه في قَبضه، إلا إذا وَكَّله بالقَبض؛ لأنه صار قادِرًا على استيفائه؛ لقِيامه مَقامَ ربِّ الدَّينِ، وتَمَّ[2] إبراؤُه وهبتُه[3] ممن عليه بلا قَبولٍ؛ لأن هِبةَ الدَّينِ أو إبراءَه إسقاطٌ، بخِلاف هِبةِ العَينِ.

وارتَدَّ بردِّه لا بردِّ وارِثه؛ لأنه إسقاطٌ فيه مَعنى التَّمليكِ؛ لاشتِماله على الماليّة وعدَمِها، فمن حيث إنه إسقاطٌ يَتِمُّ بلا قَبولٍ، كالطَّلاق، ومن حيث إنه تَمليكٌ يَرتدُّ بالرَّدِّ، وبردِّ وارِثه لا يَرتدُّ؛ لأن الدَّينَ في ذِمّة الْمُورِّثِ، فلم يكن تَمليكًا للوارِث ليَرتدَّ بردِّه، وقد فات ردُّ الميْتِ، فلا يُتصوَّرُ أن يَرتدَّ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الوارِثُ قائمٌ مَقامَ الْمُورِّثِ، فردُّه كردِّه، واللهُ أعلمُ.

---

(١) في (هـ): مالاً.

(٢) في (ب): وثم.

(٣) في (ب): أو هبته.

فِهرسُ المَوضُوعاتِ

الموضوع — الصفحة